Die Lotteriespielgesellschaft

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Philipps-Universität
zu Marburg

vorgelegt von

Josef Steinhauer,
Gerichtsassessor
aus Hamm i/Westf.

Dissertationsdruckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1936

Die Lotteriespielgesellschaft

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Philipps-Universität
zu Marburg

vorgelegt von

Josef Steinhauer,
Gerichtsassessor
aus Hamm i/Westf.

Dissertationsdruckerei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)

1936

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 1. Februar 1933

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Manigk

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Inhaltsübersicht.

Seite:

I. Die Lotteriespielgesellschaft als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. 1

II. Die Gültigkeit des Lotteriespielvertrages. . . . 3

a) beim Spiel in einzelstaatlich genehmigten Lotterien (Auslegung des § 763 BGB. und Bedeutung der landesrechtlichen Strafbestimmungen). 3

b) in staatlich nicht genehmigten Lotterien (Verhältnis der §§ 763 Abs. II. 762 BGB. zu §§ 134 BGB. und 286 StGB.). 5

III. Abschluß des Gesellschaftsvertrages. 7

IV. Gegenstand des Lotteriespielgesellschaftsvertrages. . 8

V. Die auf dem Gesellschaftsvertrage beruhenden Rechte und Pflichten der Gesellschafter, insbesondere der Beitragsanspruch und die Beitragspflicht. 9

a) Die Zuständigkeit des Beitragsanspruchs. . . 9

b) Zulässigkeit der Einrede des nichterfüllten Vertrages. 11

c) Rechte der Gesellschafter bei Nichtzahlung der Beiträge durch einen Gesellschafter. 14

1. Anwendbarkeit der §§ 723, 737 BGB. . . . 14

2. Anwendbarkeit des § 326 BGB. 16

VI. Das Vermögen der Lotteriespielgesellschaft. . . . 18

a) Beiträge und Beitragsforderungen. 18

b) Die vom Geschäftsführer für die Gesellschaft erworbenen Lose, insbesondere wenn der Geschäftsführer im eigenen Namen aufgetreten ist. . . . 20

1. Auslegung des § 718. 21

2. Anwendbarkeit des § 164 bei dem dinglichen Erwerb des Loses. 24

3. Der bedingte Gewinnanspruch, der gezahlte Gewinn und bei Klassenlotterien der Anspruch auf ein Erneuerungslos. 27

VII. a) die gesamthänderische Zuständigkeit des Eigentums am Lose, der im Lose verkörperten Rechte und des Besitzes am Lose. 28

b) Individualklagerecht des einzelnen Gesellschafters hinsichtlich der aus dem Vermögen entspringenden Einzelansprüche 34

VIII. Die Lotteriespielvereine. 36

Berichtigung.

Es muß richtig heißen:

Im Literaturverzeichnis bei **Jeroschewitz**: Vertretung bei der Fahrnisübereignung, Königsberger Diss. 1920.

Auf Seite 10, Fußnote 28, Zeilen 2 und 3:

schaft unter „societas". Zu erwähnen ist, daß gemäß einer neuen Gaius-Handschrift Gai III 154 die sog. societas ercto non scito eine an die Deutsche

Auf Seite 24 im Text, Zeile 13 von unten:

Vertretungswillen . . . hinwiesen"[65]).

Literaturverzeichnis.

Binder: Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, III. Teil. Leipzig 1905.

Cohn: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht. Marburg 1931.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Bd. 2. Abt. Jena 1924.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig I. Bd. 1900. II. Bd. 1902.

Delius: Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches und seiner Nebengesetze auf die landesrechtlichen, insbesondere die preußischen Strafgesetze. In DJZ. 1899. S. 494 ff.

Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. 2. Abt. Halle 1906.

Ebermayer: -Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch Berlin—Leipzig 1929.

Eichler: Vertretung für denjenigen, den es angeht. Marburger Diss. 1931.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Berlin 1899.

Endemann: Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die landesrechtlichen Lotterieverbote. In DJZ. 1891. S. 51 ff.

Enneccerus-Nipperdey: u. **H. Lehmann:** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 13. Bearbeitung. Marburg 1931. II. Bd. 12. Bearbeitung. Marburg 1932.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1925.

Friedrichs: Gesetzliches Verbot und Nichtigkeit. Im Recht. 1924. Sp. 121 ff.

Gierke, v. Otto: Vereine ohne Rechtsfähigkeit. Deutsches Privatrecht. II. Bd. Leipzig 1905.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1901/1903.

Götz: Das Lotterieschuldverhältnis. Heidelberger Diss. Berlin 1913.

Jeroschewitz: Vertretung bei der Fahrnisüberweisung, Königsberger Diss. 1920.

Jess: Abhandlung in DJZ. 1905, S. 491.

Kaufmann: Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen, München 1911.

Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1901.

Knoke: Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Im Arch. bürg. Recht. Bd. 20. S. 170 ff.

Leonhard, R.: Der Allgemeine Teil des BGB. in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft. Berlin 1900.

Leonhard, Fr. Schuldrecht.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.

Manigk: Art. societas in Paulys Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II und V. Berlin—Leipzig 1888.

Neudegger: Die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Grundbuchrecht. Arch. bürg. Recht. Bd. 34, S. 41 ff.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927. Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt. 1929.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlin 1927.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin-Leipzig I. Bd. 1913. II. Bd. 2. Hälfte, 1928.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II und V. Berlin—Leipzig 1898/99.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. 1928. II. Bd. 1929, Berlin und Leipzig.

Rümelin: Das Handeln im fremden Namen im BGB. Arch. ziv. Prax. Bd. 23, S. 229.

Smoschewer: Der zivilrechtliche Inhalt der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. In JW. 1911, S. 314.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, nebst Einf.-Ges. Berlin—Stuttgart—Leipzig 1926. Bd. I und II.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München—Berlin—Leipzig I. Bd. 1925. II. Bd. 1. Teil, 1929. II. Bd. 3. Teil, 1929.

Thiele: Studien zum ehelichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches: Die Surrogation nach §§ 1381. Im Arch. ziv. Prax. Bd. 91, S. 1 ff.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Bd. und II. Bd., Tübingen 1923 und 1927.

I. Die Lotteriespielgesellschaft als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Die Lotteriespielgesellschaft ist die Vereinigung mehrerer Personen zum gemeinsamen Spielen in einer Lotterie. Ihre Rechtsverhältnisse sollen im Folgenden behandelt werden. Unter Lotterie soll dabei nicht der weitere, auch die Ausspielung umfassende Begriff zu verstehen sein. Es soll in dieser Abhandlung lediglich die Beteiligung an der eigentlichen Geldlotterie betrachtet werden, bei der nur Geldgewinne, nicht auch Sachen oder Rechte verlost werden.

Die Lotterie in diesem engeren Sinne stellt sich rechtlich dar als ein Unternehmen, bei dem zwischen dem Lotterieunternehmer und einer Mehrzahl von Personen gesondert Verträge abgeschlossen werden, in denen der einen Vertragspartei den „Spielern", gegen einen bestimmten Geldeinsatz die Aussicht gewährt wird, nach einem vorher festgelegten Plane ein durch den Eintritt eines vorher bezeichneten zufälligen Ereignisses bedingtes Recht auf einen Geldgewinn zu erwerben[1]).

Die aus einem im Rahmen des Lotterieunternehmens abgeschlossenen Einzellotterievertrag sich ergebende Rechtsstellung des Spielers wird, wenigstens bei den allein hier in Frage kommenden großen Geldlotterien, verkörpert durch eine Losurkunde, die in der Weise ausgestellt ist, daß der jeweilige rechtmäßige Inhaber die sich aus der Urkunde ergebenden Rechte geltend machen kann.

Der Erwerb eines Loses verschafft dem Inhaber die in ihm verbrieften Rechte. Ebenso wie nun ein einzelner ein solches Los erwerben, d. h. in der Lotterie spielen kann, kann sich auch eine Mehrheit von Personen zum gemeinsamen Erwerb eines oder mehrerer Lose zusammenschließen und eine Lotteriespielgesellschaft, (zunächst im untechnischen Sinne gebraucht) bilden.

Eine Vereinigung von mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes kann größeren oder kleineren Umfang haben. Der jeweilige Umfang wird zumeist durch den Gegenstand und den Zweck des Unternehmens bestimmt. In einem Sportklub kann der Zweck in der Regel nur dann erreicht werden, wenn eine große Anzahl von Teilnehmern vorhanden ist; ein geschäftliches Unternehmen, bei dem persönliche Arbeit und Verantwortungsgefühl im höchsten Maße gefordert werden, verspricht nur dann Erfolg, wenn die Anzahl der Beteiligten beschränkt ist.

Bei der Lotteriespielgesellschaft ist eine derartige Begrenzung der Teilnehmerzahl nach unten oder oben hin durch den Gegenstand des Unternehmens nicht von vornherein gegeben. Der Zweck einer solchen Vereinigung, das beim Einzelspiel vorhandene Risiko durch

[1]) So im wesentlichen die Literatur, Götz: Das Lotterieschuldverhältnis S. 16 ff.; Ebermayer, Reichsstrafgesetzbuch, § 286, Anm. 2 b und die dort angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts.

Teilung des Einsatzes auf mehrere zu vermindern und infolgedessen zugleich durch die Möglichkeit eines Ankaufs mehrerer Lose die Gewinnchancen zu erhöhen, kann sowohl bei einer größeren wie bei einer kleineren Anzahl von Mitgliedern erreicht werden. Der Nachteil höherer Einsätze hat bei erfolgreicher Ziehung höhere Gewinnanteile für den einzelnen zur Folge; die große Aufteilung der Gewinne bei einer großen Teilnehmerzahl wird wiederum durch das in den kleinen Einsätzen liegende verminderte Risiko ausgeglichen.

Während der Volksmund wie auch das Gesetz z. B. bei einem auf eine geringe Zahl von Teilnehmern beschränkten geschäftlichen Unternehmen von einer Gesellschaft spricht und einen aus einer größeren Anzahl von Mitgliedern bestehenden Sportklub als Verein bezeichnet, kann die Vereinigung mehrerer zum gemeinsamen Spielen eines Lotterieloses sowohl eine Gesellschaft als ein Verein sein. Im Folgenden soll zunächst nur die gesellschaftliche, d. i. die auf eine mäßige Anzahl begrenzte Form der Lotteriespielervereinigung behandelt werden. Zwar finden, wie § 54 BGB. besagt, auf den nicht rechtsfähigen Verein die Vorschriften des Gesellschaftsrechts, dem, wie demnächst festgestellt wird, die Lotteriespielgesellschaft unterliegt, Anwendung; insofern könnte eine einheitliche Behandlung angebracht erscheinen. Der nicht rechtsfähige Lotterieverein nimmt praktisch jedoch, wie noch später darzulegen sein wird, (ein Hinweis auf RG. Str. 37, S. 50 ff. mag hier genügen), vielfach rechtliche Formen an, die mit dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft unvereinbar sind; er mußte daher für eine nähere Betrachtung im Rahmen dieser Arbeit ausscheiden. Eine Abgrenzung vom Lotterieverein dieser Art kann aber erst vorgenommen werden, nachdem die Rechtsverhältnisse der gesellschaftlichen Lotterievereinigung klargelegt sind.

Die Lotteriespielgesellschaft als Vereinigung einer beschränkten Zahl von Personen zum gemeinsamen Spielen eines oder mehrerer Lotterielose ist eine Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB.

Das BGB. kennt zwei Gemeinschaftsformen, die sich durch ihren verschiedenen Charakter gegenseitig ausschließen. Verdankt die Gemeinschaft der §§ 741 ff. BGB. ihre Entstehung einem zufälligen Ereignis, jedenfalls nicht einem Vertrage (communio incidens), so entsteht die Gesellschaft nur durch Vertrag. Eine vertragliche Vereinigung mehrerer Personen, wie es die Lotteriespielgesellschaft ist, kann sonach nur dem Gesellschaftsrecht unterliegen. Die Voraussetzungen des § 705 BGB. treffen auch im übrigen auf die Lotteriespielgesellschaft zu. Die Vereinigung verfolgt gemeinsame Zwecke, nämlich die Erzielung eines Gewinnes für alle Mitglieder. Der Zweck soll durch die Beteiligung aller in Form der Zahlung von Einsätzen erreicht werden.

II. Die Gültigkeit des Lotteriespielgesellschaftsvertrages.

a) Beim Spiel in einzelstaatlich-genehmigten Lotterien. (Auslegung des § 763 BGB. und Bedeutung der landesrechtlichen Strafbestimmungen).

Ein weiteres Erfordernis muß, wie bei jedem Vertrage, so auch beim Gesellschaftsvertrage gegeben sein, wenn dieser die beabsichtigten Rechtswirkungen haben soll. Der Vertrag muß erlaubte Zwecke verfolgen, er darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen. Zielt ein Gesellschaftsvertrag auf den Abschluß von gesetz- bzw. sittenwidrigen Rechtsgeschäften ab, so ist auch der Gesellschaftsvertrag selbst nichtig. So sind Gesellschaftsverträge zum gemeinsamen Betriebe eines Bordells oder zum Abschluß von Wuchergeschäften nichtig. Da das Lotteriespiel eine Unterart des Glückspiels ist, das nach den §§ 762, 763 BGB. nur unter besonderen Umständen rechtsverbindliche Wirkungen hat, muß hier näher auf die Frage eingegangen werden, inwieweit das Spielen in einer Lotterie erlaubt und mit Rechtswirkungen ausgestattet ist und welche Bedeutung den landesrechtlichen Strafvorschriften in diesem Zusammenhange zukommt.

Nach § 763 BGB. ist ein Lotterievertrag verbindlich, wenn die Lotterie staatlich genehmigt ist. Die Verbindlichkeit solcher Lotterieverträge ist ohne Zweifel jedenfalls dann gegeben, wenn sie in dem Staate und von Angehörigen des Staates abgeschlossen werden, der die Lotterie selbst genehmigt hat. Sind aber die einzelnen Lotterieverträge rechtsverbindlich, so ist auch ein Gesellschaftsvertrag, der auf den Abschluß solcher Verträge gerichtet ist, vollwirksam. Zwar ist mit Staudinger[2]) anzunehmen, daß Gesellschaftsverträge, da sie keine eigentlichen Lotterieverträge sind, auch nicht den Sonderbestimmungen des § 763 unterliegen. Man muß aber aus dem § 763 das argumentum a maiori entnehmen[3]), daß bei Gültigkeit „des Grundgeschäfts" auch die „Hilfsgeschäfte" wirksam sind, die mit ihm zusammenhängen[4]).

Bewirkt nun die Genehmigung einer Lotterie durch einen Bundesstaat die Gültigkeit aller hinsichtlich dieser Lotterie im ganzen Reichsgebiet abgeschlossenen Einzel- und Gesellschaftsverträge, oder bleibt die Gültigkeit auf die in dem genehmigenden Staate abgeschlossenen Verträge beschränkt?

Der Wortlaut des § 763 BGB. läßt keine klare Deutung zu. Für eine beschränkte Wirkung der einzelstaatlichen Genehmigung scheint die Tatsache zu sprechen, daß allenthalben in den Einzelstaaten Strafvorschriften bestehen, nach denen das Spielen in auswärtigen Lotterien verboten ist. (siehe preußisches Gesetz vom 29.

[2]) Komm. § 763, Bem. 4.
[3]) Oertmann, Komm. § 763, 1 d.
[4]) Warneyer, Komm. § 763 II; Planck § 763, Anm. 5.

VIII. 1904, (früher 29. VII. 1885); bayrisches Gesetz vom 19. Aug. 1927, (früher 11. X. 1912). Delius[5]) legt denn auch der einzelstaatlichen Genehmigung nur Wirksamkeit für das Gebiet des genehmigenden Staates bei in der Erwägung, daß andernfalls kleinere Länder durch ihre Konkurrenz die Lotterien größerer Länder lahmlegen können. Diese Ansicht wird jedoch in der übrigen Literatur[6]) allgemein abgelehnt.

Der Hinweis darauf, daß der § 763 Reichsgesetz ist[7]), kann als Argument nicht überzeugen; denn ein Rechtssatz kann für das ganze Reichsgebiet gelten und doch wegen Fehlens der konkreten Voraussetzungen, hier der einzelstaatlichen Genehmigung, nicht überall anwendbar sein. Grund und Zweck der staatlichen Genehmigung in Lotterien aber gebieten den Schluß, daß die Genehmigung durch einen Staat die Verbindlichkeit der Lotterie für das ganze Reichsgebiet zur Folge hat. Durch die staatliche Genehmigung wird die Lotterie aus dem Kreise der übrigen staatlich nicht geschützten Glückspiele herausgehoben und mit Rechtswirkungen ausgestattet. Während somit bei Glückspielen dem Mißbrauch und der Ausbeutung Tür und Tor geöffnet sind, ist durch die der Genehmigung in der Lotterie vorausgegangene Kontrolle des Staates eine gewisse Gewähr gegen schädliche Folgen gegeben[8]). Hat der Staat die Lotterie geprüft und sie genehmigt, so besteht ein Grund, den Lotterieverträgen die Gültigkeit zu versagen, nicht mehr. Eine einmalige behördliche Prüfung gibt die vom Gesetz verlangten Garantien für die Reellität des Unternehmens. Eine nochmalige Prüfung durch die Behörden eines anderen Staates würde den Zwecken, die der § 763 verfolgt, nicht mehr dienlich sein können.

Eine Parallele zum § 763 bietet die Genehmigung eines Vereins[9]). Wie dieser rechtlich anerkannt wird, nachdem er behördlich einer Prüfung unterzogen ist, so erlangt auch das Lotterieunternehmen mit der Genehmigung den Rechtsschutz des Gesetzes; wie die rechtliche Anerkennung beim Verein für das ganze Reichsgebiet gilt, so muß auch die Genehmigung einer Lotterie die Verbindlichkeit der Lotterieverträge für das ganze Reich zur Folge haben.

Gegen diese, aus dem gesetzgeberischen Zweck des § 763 gewonnene Feststellung spricht auch nicht der Umstand, daß landesrechtliche Gesetze bestehen, die das Spielen in auswärtigen Lotterien, auch wenn dieselben genehmigt sind, mit Strafe bedrohen, noch nach Inkrafttreten des BGB. geschaffen, bzw. verschärft worden sind. (siehe preußisches Gesetz von 1904). Ob sie gegenüber dem § 763 BGB. und dem § 2 StGB. noch Geltung haben, mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist nirgendwo ersichtlich, daß mit ihrer Fassung eine beschränkte Wirkung des § 763 BGB. zum Ausdruck gebracht werden sollte. Diese Gesetze entsprangen vielmehr lediglich finanzpolitischen Erwägungen, man wollte die Konkurrenz von sich fernhalten[10]).

Die landesrechtlichen Verbote haben zivilrechtlich keine Bedeutung mehr[11]).

---

[5]) DJZ. 1899, S. 494.
[6]) Siehe im Folgenden.
[7]) Oertmann a.a.O. § 763, 1 b.
[8]) Planck, Komm. § 763, 8.
[9]) Endemann, in DJZ. 1898, S. 51 ff.
[10]) Endemann a.a.O.

Ist hiernach der Lotterievertrag wirksam, wenn nur die Lotterie in irgend einem Lande staatlich genehmigt ist, so besteht kein Anlaß, den Gesellschaftsverträgen, die sich auf eine solche Lotterie beziehen, die Gültigkeit zu versagen[12]).

b) In staatlich nicht genehmigten Lotterien (Verhältnis der §§ 763 Abs. II, 762 BGB. zu §§ 134 BGB. und 286 StGB.).

Legt der Absatz I des § 763 den Lotterieverträgen bei staatlich genehmigten Lotterien Rechtsverbindlichkeit bei, so bestimmt der Absatz II, daß für nicht staatlich genehmigte Lotterien der § 762 Anwendung findet. Hiernach würden Lotterieverträge in diesen Lotterien zwar nicht verbindlich, aber doch erfüllbar sein.

Wie aber bei einem gewöhnlichen Glückspiel eine solche „naturalis obligatio" nur insoweit vorhanden ist, als nicht der § 134 BGB. entgegensteht, zeitigt auch das nicht genehmigte Lotteriespiel nur insoweit die beschränkten Rechtswirkungen des § 762, als es nicht von § 134 betroffen wird, nach welchem ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist. Als ein solches Verbotsgesetz kommt hier der § 286 StGB. in Frage, nach dem der Veranstalter einer behördlich nicht genehmigten öffentlichen[13]) Lotterie bestraft wird.

Nicht jedes Verbotsgesetz führt jedoch nach § 134 Nichtigkeit des ihm zuwider abgeschlossenen Vertrages herbei. Nichtigkeit tritt nur ein, soweit nicht aus dem Verbotsgesetz selbst ein anderes hervorgeht. Durch Auslegung des Verbotsgesetzes ist zu ermitteln, welche Einwirkung es auf die Gültigkeit des ihm zuwider vorgenommenen Rechtsgeschäfts ausübt[14]). Beruht es nur auf finanzpolitischen Erwägungen, so tritt keine Nichtigkeit ein[14]). Auch die frühere Bestimmung des § 360 Ziff. 14 StGB. über das unbefugte Abhalten von Glückspielen auf öffentlichen Wegen führte als lediglich polizeiliches Verbot keine Nichtigkeit des Glückspiels herbei[15]).

Ist aber das Verbotsgesetz deshalb erlassen, weil der Gesetzgeber das verbotene Spiel seinem Inhalte und Zweck nach treffen wollte, weil er es als sittlich verwerflich ansah, so führt das Verbot zugleich Nichtigkeit des Spielvertrages herbei[16]).

Soweit die Frage nach der Gültigkeit eines in einer nicht genehmigten öffentlichen Lotterie abgeschlossenen Lotterievertrages von der Literatur behandelt wird, wird sie mit Rücksicht auf den Cha-

---

[11]) Enneccerus-Nipperdey § 177 Anm. 5; RG. Z. 48, 178; Warneyer a.a.O. § 763, Planck § 763, Anm. 6 b; Staudinger § 763 Anm. 6.

[12]) RG. in JW. 1904, S. 542 f.; Jeß in DJZ. 05, S. 491.

[13]) Planck § 763, Anm. 10. — Es scheiden hiernach die p r i v a t e n nicht genehmigten Lotterien für die Frage nach der Anwendbarkeit des § 134 aus. Für sie würde § 762 gelten. Inwieweit Lotteriegesellschaften dieser Art rechtsverbindlich sind oder nur Naturalobligationen darstellen, soll hier nicht untersucht werden. Für die vorliegende Abhandlung sind nur öffentliche Lotterien zu berücksichtigen, da sich nach allgemeinen Erfahrungen bei Lotterieveranstaltungen privaten Charakters kaum Lotteriespielgesellschaften bilden werden.

[14]) Planck § 763 Anm. 10; Staudinger § 763, Bem. 6 e.

[15]) Planck Vorbem. IV, zu § 762; Staudinger § 762 Anm. IV.

[16]) Planck, Staudinger a.a.O.; Crome Lehrb. § 290 Anm. 10, § 289, Note 13, RGR.-Komm. § 762 Anm. 6.

rakter des § 286 StGB. kurzweg verneint, ohne daß der Sinn der Strafbestimmung untersucht wird und insbesondere, ohne daß dem Umstande Beachtung geschenkt wird, daß in § 286 StGB. nicht wie im § 284 a und b das Spielen allgemein, sondern nur die Veranstaltung mit Strafe bedroht wird. Denn aus der besonderen strafrechtlichen Heraushebung des Lotteriespiels bei der Behandlung des Glückspiels, wie sie das Strafgesetzbuch im § 286 vornimmt, ist zu entnehmen, daß die vorhergehenden, das Glückspiel im allgemeinen behandelnden Vorschriften der §§ 284 ff. nicht auch für Lotterien gelten. Wird im § 284 a ausdrücklich die Beteiligung an einem Glückspiel neben der Veranstaltung unter Strafe gestellt, so ergibt die nur die Veranstaltung treffende Strafvorschrift des § 286, daß das Spielen in einer obrigkeitlich nicht genehmigten Lotterie nicht strafbar ist[17]).

Die nur einseitige Strafbarkeit des Lotterievertrages fordert aber eine Auseinandersetzung mit dem allgemein anerkannten Grundsatz[18]), daß Strafvorschriften gegenüber Verträgen nur dann die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge haben, wenn sie beide Vertragsschließenden treffen. Zwar gilt diese Regel nicht ausnahmslos, vielmehr ist mit dem Reichsgericht[19]) stets zu prüfen, ob sich bestimmte Anhaltspunkte dafür finden lassen, daß die Bestimmung, obwohl sie nur einen Teil mit Strafe bedroht, das Rechtsgeschäft selbst hat treffen wollen.

Von einer solchen Zweckbestimmung könnte dann die Rede sein, wenn der Gesetzgeber durch das nur einen Teil treffende Verbot, oder durch andere hiermit im Zusammenhang stehende Bestimmungen kundgetan hätte, daß die in der nichtgenehmigten Lotterie abgeschlossenen Verträge sittlich verwerflich oder vom Standpunkt des Allgemeinwohls aus grundsätzlich zu unterbinden seien.

Der § 286 läßt erkennen, daß der Staat zwar nach Möglichkeit, um eine Schädigung der Allgemeinheit zu verhindern, nicht genehmigte Lotterieveranstaltungen zu unterbinden sucht, indem er den Veranstalter mit Strafe bedroht; die zivilrechtliche Behandlung des Lotteriespiels im allgemeinen, die grundsätzliche Gültigkeit (wenn auch Klaglosigkeit) des Lotteriespiels, tut aber weiter kund, daß an sich, grundsätzlich, das Lotteriespiel seinem Inhalt und Zweck nach nicht als sittlich verwerflich angesehen worden ist, sondern daß nur die Gefahr von verderblichen Auswüchsen vermieden werden sollte. Allein die Tatsache, daß Lotterieveranstaltungen, deren Genehmigung nachgesucht wird, ohne Aenderung genehmigt werden, ergibt zur Genüge, daß der Gesetzgeber das Lotteriespiel nicht grundsätzlich als verboten ansieht, und somit auch den Lotterieverträgen nicht die Gültigkeit versagen will.

Die Lotterieverträge sind nicht generell wegen Verstoßes gegen § 134 ungültig; die Nichtigkeit im Einzelfalle kann sich vielmehr lediglich aus § 138 BGB. bzw. beim Vorliegen anderer Straftatbestände aus § 134 ergeben.

16a) Staudinger § 763 Anm. 6 e; RGR.-Komm. § 762 Anm. 6; Planck Vorbem. IV vor § 762; Oertmann § 763, Bem. 2.

17) Frank Komm. § 286 Anm. 1; Olshausen, Komm. § 284 a, Anm. 1.

18) Siehe Friedrichs im Recht 1924, Sp. 121 ff.; dort angezogen besond. RG. Z. 60, 276 f.; 100, 40.

19) RG. Z. 60, 276/77.

20) Staudinger § 762 Anm. VI, 1 c.

Hiernach unterliegen Lotterieverträge, die in staatlich nicht genehmigten Lotterien abgeschlossen werden, dem § 762 BGB. Sie sind zwar gültig, erfüllbar, aber nicht verbindlich. Gleichermaßen kann auch der Gesellschaftsvertrag, der das Spielen in einer solchen Lotterie zum Gegenstande hat, nur Naturalobligationen erzeugen, da ein Hilfsgeschäft nicht anderen Grundsätzen unterliegen kann als das Hauptgeschäft selbst.

Wie beim Lotterievertrag der Unternehmer nicht auf Zahlung des Einsatzes, der Spieler nicht auf Auszahlung des Gewinns klagen kann, so kann auch in der Lotteriespielgesellschaft die Zahlung der Beiträge nicht erzwungen werden. Festzuhalten ist aber, daß der § 762 nur die Möglichkeit, jemanden zur Erfüllung einer Spielschuld zu zwingen, ausschalten will; Verpflichtungen anderen Inhalts, die sich aus dem Gesellschaftsvertrage ergeben können, dürften jedoch nicht getroffen sein. So wird man den Mitgliedern einer Spielgesellschaft einen klagbaren Anspruch auf Verteilung des Gewinns, der von dem zur Empfangnahme Beauftragten eingenommen wurde, geben müssen[20]). Umgekehrt ist entgegen Staudinger a.a.O. mit Planck, Enneccerus und dem Reichsgerichtsräte-Kommentar[21]) dem mit dem bloßen Einkauf Beauftragten, der den Einsatz für die Spieler verauslagt hat, ein Anspruch auf „Ersatz seiner Aufwendung", d. i. Zahlung der Beiträge nicht zuzubilligen, da dies dem soeben hervorgehobenen Zweck des § 762 zuwiderlaufen würde.

Ein näheres Eingehen auf diese Fragen erübrigt sich, da die Durchführung einer nicht genehmigten öffentlichen Lotterie wegen der Eingriffsmöglichkeit der Polizeibehörden, die angesichts der Veröffentlichung der Gewinnpläne jederzeit gegeben ist, sowie Gesellschaftsspiele in einer derartigen Lotterie kaum vorkommen werden.

Nach alledem soll im Folgenden nur die Lotteriespielgesellschaft, die sich auf eine g e n e h m i g t e öffentliche Lotterie bezieht, behandelt werden.

III. Abschluß des Gesellschaftsvertrages.

Die Lotteriespielgesellschaft entsteht mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Ein solcher Vertrag bedarf keiner besonderen Form und ist dann gegeben, wenn mehrere vereinbaren, eins oder mehrere Lose einer Lotterie gemeinsam zu spielen. Freilich muß der Vertragsinhalt genügend bestimmt sein. Die Leistung der Beiträge sowie der Gesellschaftszweck muß eindeutig festgesetzt sein[22]).

Keine rechtliche Verpflichtung erzeugt z. B. die Vereinbarung, gemeinsam Lose zu spielen, ohne daß hierbei bestimmt oder auch nur bestimmbar die Lotterie bezeichnet ist, in der gespielt werden soll. Auch kann man gerechterweise eine solche Vereinbarung nur dann als für die Beteiligten verbindlich ansehen, wenn die Zahl der Lose feststeht, da hiervon jeweils die Höhe der Einzelleistung abhängt. Ebenso muß, wenn eine Bindung eingetreten sein soll, Klarheit darüber bestehen, ob Doppel-, Ganze-, Halbe-, Viertel- oder Achtel-Lose gespielt werden sollen, denn die Gewinnchancen, zum

[21]) Planck § 762 Bem. 7 a, b, Enneccerus-Lehmann 186 II, 1, R.G.R.K. § 762 Bem. 5.

[22]) Staudinger § 705 II, 1.

mindesten aber die subjektiven Ansichten darüber, ob solche beim Spielen eines Doppelloses oder von 16 Achtel-Losen größer sind, sind recht verschieden und tragen zu dem Entschluß mitzuspielen, nicht unerheblich bei; erst durch die Festlegung nach dieser Richtung hin erhält die Leistung für den Einzelnen einen bestimmten Inhalt.

Ueber die weiteren Einzelheiten, insbesondere darüber, wer den Kauf der Lose, das Einziehen der Beiträge, den Rechtsverkehr mit dem Loshändler usw. besorgen soll, braucht nicht notwendig schon bei der Entstehung der Gesellschaft Uebereinstimmung zu bestehen. Soweit sie sich auf die Regelung des Gesellschaftsverhältnisses, die Durchführung der Gesellschaft im einzelnen beziehen, können sie späteren Abhandlungen vorbehalten bleiben[23]).

IV. Gegenstand des Lotteriespielgesellschaftsvertrages.

Gegenstand des Vertrages ist das Spielen eines oder mehrerer Lose oder Teillose in der bestimmten Lotterie.

Irgendwelche Zweifel über den Gegenstand können bei der gewöhnlichen Lotterie, bei der nur eine Ziehung stattfindet, nicht auftauchen. Erstreckt sich der Vertrag nur auf diese Lotterie, so ist das Gesellschaftsverhältnis beendet, wenn die Ziehung vorgenommen und der Gewinn, falls ein solcher erzielt wurde, verteilt ist.

Wird aber in der Lotterie dasselbe Los nicht nur einmal, sondern mehrere Male in verschiedenen Klassen gespielt, (Klassenlotterie) so erhebt sich die Frage, ob das Spielen in der ersten oder auch das in den folgenden Klassen Gegenstand des Gesellschaftsvertrages ist. Ist im Gesellschaftsvertrage das Spielen in allen Klassen vereinbart worden, so besteht die Gesellschaft für alle Klassen kraft dieser Vereinbarung. Aber auch wenn die Spieler beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages das Spielen in allen Klassen nicht ausdrücklich festgelegt haben, kann es bei der Eigenart der Klassenlotterie keinem Zweifel unterliegen, daß die Durchführung des Spieles durch alle Klassen gewollt ist.

So bezieht das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 16. V. 1906[24]) die Vereinbarung, gemeinschaftlich in einer Klassenlotterie zu spielen, auf sämtliche Klassen, weil die Spielchancen von Klasse zu Klasse ohne Erhöhung des Einsatzes für die bereits an den früheren Klassen Beteiligten erheblich wachsen und es deshalb zweckwidrig sei, sich nur an der ersten Klasse zu beteiligen.

Als vorbildliches Muster sei die Preußisch-Süddeutsche Klassenlotterie herangezogen. Die Durchsicht des Gewinnplans, der Vergleich der Gewinnmöglichkeiten in den einzelnen Klassen zeigt, daß erst die 5. und letzte Klasse dem Spieler die gesuchten großen Gewinnchancen bietet Die Gewinnsummen der 5. Klasse nach dem Plan zur 262. (36.) preußisch-süddeutschen Klassenlotterie sind fünfmal so hoch wie die in den vorhergehenden einzelnen Klassen und 30 mal so hoch wie die in der ersten Klasse.

Da das Spielen in der fünften Klasse die Beteiligung in den Vorklassen bzw. die Nachzahlung der Einsätze aus den Vorklassen

---

[23]) Staudinger a.a.O.

[24]) RG. in DJZ. 1906, 878, 879, ferner auch RG. 28, 327 ff.

voraussetzt (§ 8 der allgemeinen Bestimmungen zur preuß. südd. Klassenlotterie), erscheint das Spielen in den Vorklassen lediglich als Weg, der gegangen werden muß, wenn man die Vorteile der fünften Klasse erlangen will. Die auf diesem Weg gegebenen, in jeder Klasse sich steigernden Gewinnmöglichkeiten stellen sich unter diesem Gesichtspunkt weniger als um ihrer selbst willen gegeben, denn als Werbemittel dar, mit denen der Lotterieunternehmer die Spieler zur Beteiligung an der fünften Klasse veranlaßt.

Es wäre nun zum mindesten als Ausnahmefall anzusehen, wenn eine Spielergesellschaft gegründet würde mit dem Zweck, nur in der ersten oder in den ersten Klassen zu spielen, ohne daß die durch das Spielen in diesen Vorklassen zugleich mitgegebenen Anwartschaftsrechte auf die Lose der letzten Klassen realisiert würden.

Ist somit in dem Gesellschaftsvertrage der Umfang des Spieles nicht festgelegt worden, so ist, soweit aus den Umständen nicht etwas besonderes erhellt, anzunehmen, daß die Vereinbarung sich auf alle Klassen der Lotterie beziehen sollte.

V. Die auf dem Gesellschaftsvertrage beruhenden Rechte und Pflichten der Gesellschafter, insbesondere der Beitragsanspruch und die Beitragspflicht.

a) Die Zuständigkeit des Beitragsanspruchs.

Nach dem Gesellschaftsvertrage sind die Gesellschafter verpflichtet, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Bei der Losgesellschaft besteht die Förderung des Gesellschaftszwecks, der Erzielung eines Gewinnes in der Lotterie einzig und allein in der Pflicht, die Beiträge in Form einer Bezahlung der Einsätze zu leisten.

Der „Individualpflicht" des einzelnen Gesellschafters zur Zahlung des Beitrages steht ein „Sozialanspruch"[25]) der Gesellschafter auf Erfüllung der Beitragspflicht gegenüber.

Da die Beiträge in die gemeinschaftliche Kasse fließen und der Gesellschaft als solcher zukommen sollen, ist in der Literatur und Rechtsprechung[26]) die Frage aufgeworfen worden, ob dieser Anspruch auf Zahlung der Beiträge gegen den einzelnen Gesellschafter der Gesellschaft als solcher oder jedem der übrigen Gesellschafter zusteht, ferner ob der Anspruch den beiden genannten Gruppen nebeneinander zusteht.

Die Frage ist nicht allenthalben gleich beantwortet worden. Das römische Recht und auf ihm fußend der erste Entwurf[27]) konnten einen Zweifel über die rechtliche Zuständigkeit des Beitragsanspruchs nicht entstehen lassen. Die „Societas" des römischen Rechtssystems war „schuldrechtlicher Vertrag". Er schuf schuldrechtliche Bindungen der einzelnen Gesellschafter, erzeugte aber keine der besonderen Rechtszuständigkeit fähige Gemeinschaft. Die

[25]) Staudinger § 705, IV, Anm. 1 a.
[26]) Siehe im Folgenden.
[27]) Motive II S. 594.

Gesellschafter standen sich wie bei Vertragsabschluß so auch im Gesellschaftsverhältnis als Einzelne gegenüber. Als Einzelne nur konnten sie auch die durch den Vertrag begründeten Ansprüche mit der actio pro socio geltend machen.

Allerdings kannte das römische Recht auch „Societates", die tatsächlich Gemeinschaften mit eigener Rechtszuständigkeit darstellten, darüber hinaus sogar Korporationsrechte hatten. Nach Manigk[28]) handelte es sich hier um „Erwerbsgesellschaften, an deren Tätigkeit der römische Staat ein Interesse hatte", u. a. Steuerpachtgesellschaften, Gesellschaften von Pächtern fiskalischer Bergwerke. Die besonderen Merkmale dieser Societates, wie sie Manigk a.a.O. quellenmäßig nachweist, lassen den inneren Grund für ihre Ausstattung mit Korporationsrechten erkennen. Der Fiskus, insbesondere als Steuerverpächter wollte mit einer Rechtsperson kontrahieren, an die er sich halten konnte. Zum Rechtsinstitut, dessen sich die Bürger im Rechtsleben bedienen konnten, ist diese Societas nicht geworden. Die Societas, so wie sie im System des römischen Rechts enthalten ist, ist contractus mit schuldrechtlichen Wirkungen.

Nach dem Recht des BGB. aber entsteht mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages eine der besonderen Rechtszuständigkeit fähige gesamthändische Vereinigung.

Es nimmt demnach nicht Wunder, daß das Reichsgericht[29]) in Anwendung dieses dem bürgerlichen Recht zugrundeliegenden Gedankens die Beitragsforderungen der Gesellschaft zugesteht, indem es sagt: „Mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages wird die gesamte Hand wirksam und ergreift die Beitragsforderungen". Dieselbe Ansicht wird von Cosack, Dernburg, Otto Gierke, Enneccerus und Staudinger vertreten[30]). Aus der Zugehörigkeit der Beitragsforderungen zum Gesellschaftsvermögen folgt nach dieser Ansicht, daß auch der einzelne Beitragsanspruch der Gesellschaft als solcher zusteht.

Von anderen Autoren, wie Planck, Knoke, Goldmann-Lilienthal[31]) wird demgegenüber die Meinung vertreten, daß die Beitragsforderungen nur den einzelnen Gesellschaftern gegeneinander zustehen und erst die geleisteten Beiträge ins Gesellschaftsvermögen fallen. Hieraus wird dann der notwendige Schluß gezogen, daß auch die Einzelansprüche auf Leistung der Beiträge nur von den einzelnen Gesellschaftern geltend gemacht werden können.

Die letztere Ansicht hat den klaren Wortlaut des § 705 für sich, in dem eine gegenseitige Verpflichtung der Gesellschafter zur Leistung der Beiträge bestimmt ist. Es wird denn auch von den Vertretern der ersteren Ansicht, die die Beitragsforderungen dem Gesellschaftsvermögen zurechnen, nicht verkannt, daß der § 705 den einzelnen Gesellschaftern einen Beitragsanspruch gibt. Sie finden

---

[28]) Manigk: in Pauly's Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft unter „societas". Zu erwähnen ist, daß gemäß einer neuen Gaius-Handschrift, Gai III 154, die sog. societas ercto non scito eine an die Deutsche Gesamthand erinnernde Bindung der Gesellschafter aufwies.

[29]) RG. Z. 76, 278.

[30]) Cosack Lehrb. II S. 28; Dernburg II § 359, I, 1; Gierke, Vereine ohne Rechtsf. Anm. 30 a; Enneccerus-Lehmann § 176, I, 1; Staudinger § 705 IV, 1 a.

[31]) Planck § 718 Anm. 1 A, a; Knoke, Das Recht der Gesellschaft, S. 33/34; Goldmann-Lilienthal § 193, II, 3 d Anm. 15; früher auch RG. Z. 54, 297, jetzt dagegen 76, 278, siehe Anm. 1.

sich mit dem § 705 in der Weise ab, daß sie den Beitragsanspruch neben der Gesellschaft auch den einzelnen Gesellschaftern zugestehen. Bei Dernburg, Gierke, Cosack, Enneccerus wird zwar ein solcher Einzelanspruch der Gesellschafter nicht ausdrücklich hervorgehoben, doch wird er auch nicht verneint. Das Reichsgericht, das in Bd. 76, S. 278 die Beitragsforderungen als zum Gesellschaftsvermögen gehörig betrachtet, gibt unter Würdigung des Gegenseitigkeitscharakters, der in § 705 Ausdruck gefunden habe, auch dem Gesellschafter noch die actio pro socio auf Erfüllung der Beitragspflicht gegen den säumigen Gesellschafter. Auch Staudinger[32]) erkennt an, daß die „Beitragspflicht in dem Verhältnis der Gesellschafter zu einander wurzelt" und erklärt ein selbständiges Klagerecht des einzelnen Gesellschafters nicht für ausgeschlossen.

Es ist demnach mit der übereinstimmenden Rechtslehre ein selbständiger, auf dem Gesellschaftsvertrage beruhender Anspruch des einzelnen Gesellschafters auf Erfüllung der Pflicht zur Zahlung des Einsatzes gegen die übrigen Gesellschafter anzunehmen. Die Entscheidung der Frage, ob daneben noch der Gesellschaft als solcher ein Beitragsanspruch zusteht, hängt davon ab, ob die vom Reichsgericht, Staudinger und den übrigen vertretene Ansicht richtig ist, daß die Beitragsforderungen zum Gesellschaftsvermögen gehören. Die Frage ist m. E., wie noch später (S. 18 ff.) darzulegen sein wird, zu bejahen, allerdings aus einem anderen Gesichtspunkt als dem von dieser Lehre vertretenen.

b) Zulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Hat, wie dargetan, jedes Mitglied der Lotteriespielgesellschaft einen Anspruch auf Erfüllung der Einsatzpflicht gegen die anderen Mitglieder, so ergibt sich die weitere Frage, ob das auf Zahlung verklagte Mitglied die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen kann, wenn der Klagende oder andere Gesellschaftsmitglieder mit der Leistung ihres Einsatzes im Rückstande sind.

Ein Leistungsverweigerungsrecht, soweit ein solches zuzulassen ist, kann, was bei Lotteriespielgesellschaften mit kleinen Einsätzen gewöhnlich der Fall sein wird, dadurch ausgeschlossen sein, daß es vertraglich dem Geschäftsführer überlassen bleiben soll, die Reihenfolge der Einzahlungen zu bestimmen[33]). Bei hohen Einsätzen dagegen wird allgemein der Geschäftsführer zur gleichmäßigen Einziehung der Einsätze beauftragt sein. Bei Säumnis von Mitgliedern könnte dann sehr wohl die Frage akut werden, ob dem einzelnen auf Zahlung des Einsatzes belangten Gesellschafter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zusteht.

Die Einrede steht nach § 320 BGB. nur den Parteien eines gegenseitigen Vertrages zu. Ausschlaggebend für die Beantwortung der Frage ist somit die Auffassung von der Natur des Gesellschaftsvertrages. Zur unbedingten Bejahung kommen diejenigen, die den Gesellschaftsvertrag als gegenseitigen Vertrag anerkennen[34]). Denn wenn der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, so be-

---

[32]) Staudinger a.a.O.

[33]) Enneccerus-Lehmann a.a.O. § 173, III, 1.

[34]) RG. 78, 305; Staudinger § 705, II, 2b; Goldmann-Lilienthal § 194; Oertmann § 705, 4c.

steht grundsätzlich kein Anlaß, die in §§ 320, 321, 322 enthaltenen Wirkungen des Gegenseitigkeitsverhältnisses auszuschließen. Aber auch Planck[35]), der dem Gesellschaftsvertrag den Charakter eines gegenseitigen Vertrages abspricht, weil der Zweck des Gesellschaftsvertrages nicht ein Austausch von Leistungen, sondern eine Zuführung der Leistungen zu dem gemeinschaftlichen Zwecke ist, kommt nicht zu einer Ablehnung der Einrede; auch er gibt die Abhängigkeit der Leistung des einen Gesellschafters von der des anderen zu und hält deshalb die Einrede für zulässig. In der Literatur wird, soweit ersichtlich, nur von Dernburg[36]) die Anwendung der §§ 320/322 abgelehnt; Dernburg zieht diese Folgerung aus seiner überholten Auffassung vom Wesen des gegenseitigen Vertrages als eines Vertrages, der notwendig nur zwei Parteien haben könne.

In der übrigen Literatur wird, wie schon bemerkt, die Einrede grundsätzlich zugelassen, jedoch nicht überall im gleichen Umfange. Einigkeit herrscht darüber, daß die Einrede dann gegeben ist, wenn der jeweils Klagende mit seiner Leistung im Rückstand ist. Dagegen gehen die Ansichten auseinander bei der Frage, ob der auf Zahlung Verklagte die Einrede auch dann erheben kann, wenn nicht der Kläger, sondern andere am Prozeß nicht beteiligte Mitglieder mit der Leistung rückständig sind. Allerdings werden für die ablehnende Meinung[37]) keine Gründe prinzipieller Natur angeführt. Insbesondere wird nicht behauptet, daß die Verpflichtung des Beklagten nur dem Kläger und nicht den übrigen Gesellschaftsmitgliedern synallagmatisch gegenüberstände. Vielmehr wird nur zur Vermeidung von Schwierigkeiten und zur Erzielung praktisch brauchbarer Ergebnisse[38]) die Berufung des Beklagten auf die Säumnis der übrigen Mitglieder abgelehnt.

Eine höchstrichterliche Entscheidung, die diese Frage einer Prüfung unterzogen hätte, liegt noch nicht vor. M. E. muß man aber bei Berücksichtigung der Abhängigkeit der Einzelleistungen voneinander und des Umstandes, daß mit der Ablehnung der Einrede eine durch nichts gerechtfertigte und im Ergebnis höchst unbillige Vorleistungspflicht des Beklagten gegenüber den anderen Mitgliedern gegeben wäre[39]), dazu kommen, die Einrede dem Beklagten doch zubilligen.

Der Gesellschaftsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Der einzelne Gesellschafter will nur leisten mit Rücksicht auf die Leistung der übrigen. Seiner Leistung stehen die aller übrigen Gesellschafter synallagmatisch gegenüber. Die Leistung des jeweils Klagenden ist nur ein Teil der Leistung, der gegenüber der Beklagte seine Leistung versprochen hat[40]).

In folgerichtiger Durchführung dieses Grundsatzes müßte man die Einrede dem Beklagten auch dann geben, wenn nur einer der übrigen Mitglieder nicht geleistet hat. Damit würde man jedoch einem Mißbrauch des Einrederechts Vorschub leisten. Hier weist Goldmann-Lilienthal a.a.O. mit Recht auf den § 320 Abs. II hin.

---

35) § 705, Anm. IV.
36) II, § 357.
37) Knoke, a.a.O. S. 43; Planck Vorbem. § 704, IV, 1 b.
38) Knoke a.a.O., Planck a.a.O.
39) Enneccerus-Lehmann § 173, III, 1.
40) Staudinger, Goldmann-Lilienthal, Oertmann, a.a.O.

Wenn nämlich sämtliche Gesellschafter bis auf einen geleistet haben, so ist von der einen Seite teilweise geleistet worden. Würde nun tatsächlich die Leistung dieses letzten nicht erfolgen, so fiele die Pflicht zum Eintritt für diesen Ausfall nicht dem verklagten Gesellschafter allein, sondern allen Gesellschaftern zu gleichen Teilen (§ 735 BGB.) zur Last. Der Grund für die Einrede, nämlich eine Vermeidung der Gefahr, daß der verklagte Gesellschafter das Risiko des Ausfalls wegen Insolvenz der anderen tragen müßte, würde nur im verschwindenden Maße vorhanden sein.

Man wird also die Einrede grundsätzlich auch beim Leistungsverzug eines anderen als des Klagenden zulassen müssen und sie nur insoweit auszuschließen haben, als ihre Geltendmachung dem Zweck einer gleichmäßigen Heranziehung der Vertragsparteien nicht mehr gerecht wird sondern offensichtlich als Mißbrauch erscheint.

Entgegen Knoke a.a.O. lassen sich auch bei Zulassung der Einrede für diese Fälle praktisch annehmbare Ergebnisse erzielen. Die Geltendmachung der Einrede durch den jeweils Beklagten kann allerdings beim Gesellschaftsvertrage, wo nicht zwei Parteien einander gegenüberstehen, sondern mehrere auf das Gleiche gerichtete und insofern nicht als einzelne zu betrachtende Schuldverhältnisse vorhanden sind, nicht die Wirkung des § 322 haben, daß der Beklagte zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen sei. Wenn man diese Bestimmung unverändert anwenden wollte, so würde, wie Knoke[41]) mit Recht betont, der Kläger ein Urteil erhalten, das faktisch nicht vollstreckbar wäre. Denn nach § 756 ZPO. wäre eine Vollstreckung nur dann möglich, wenn dem Beklagten die Gegenleistung, d. i. die Leistung aller übrigen, angeboten würde. Dies kann der Kläger aber nicht, weil der andere rückständige Gesellschafter nur zugleich mit dem Beklagten zu leisten brauchte.

Ist somit der § 322 nicht direkt auf die Gesellschaft anwendbar, so kann damit nicht den Gesellschaftern, deren Verpflichtungen ebenso Gegenseitigkeitscharakter haben, wie die Verpflichtungen aus nur zweiseitigen Verträgen, das Recht zur Geltendmachung der exceptio abgeschnitten werden.

Der Gesetzgeber hat den ganzen Fragenkomplex, der sich auf die Anwendung der Regeln über gegenseitige Verträge auf den Gesellschaftsvertrag bezieht, der Wissenschaft überlassen wollen[42]). Diese hat bei jeder Einzelfrage die Anwendbarkeit zu prüfen. Wie oben gesehen, unterliegt die Anwendbarkeit der exceptio theoretisch keinem Zweifel. Paßt die durch § 322 zur Durchführung der Einrede gegebene praktische Handhabe nicht auf das Gesellschaftsverhältnis, so muß ein anderer dem Grundgedanken des § 322 entsprechender auf das Gesellschaftsverhältnis anwendbarer Modus gefunden werden.

Der § 322 BGB. bestimmt die Zug um Zug-Leistung, um damit zu erreichen, daß die Parteien zu gleicher Zeit leisten. Bei der Gesellschaft läßt sich dieser Zweck dadurch erreichen, daß der verklagte Gesellschafter zur gleichzeitigen Leistung mit den übrigen säumigen Gesellschaftern verurteilt wird. Der verklagte Gesellschafter könnte somit mit der Einrede verlangen, daß auch die übrigen säumigen Gesellschafter auf Leistung verklagt würden[43]). Die Vollstreckung des Urteils könnte dann in der Weise vor sich gehen, daß

[41]) a.a.O. S. 44.
[42]) Motive II S. 598.
[43]) Enneccerus-Lehmann, Staudinger, Oertmann a.a.O.

die Beiträge vom Gerichtsvollzieher zunächst zurückgehalten, bzw. hinterlegt werden und erst dann in die gemeinschaftliche Kasse abgeführt werden, wenn sämtliche Gesellschafter ihren Beitrag hinterlegt haben.

Für die Lotteriespielgesellschaft ist somit festzustellen, daß das auf Zahlung des Einsatzes belangte Mitglied die Entrichtung verweigern kann, wenn nicht gleichzeitig auch die anderen Mitglieder belangt werden. Auf Zahlung verklagt kann es verlangen, daß auch die übrigen Mitglieder verklagt werden. Das daraufhin erlassene Urteil verpflichtet den Gesellschafter zur unmittelbaren Zahlung an die Gesellschaftskasse nur dann, wenn auch die übrigen Gesellschafter ihre Bereitwilligkeit zur Zahlung durch Hinterlegung dartun.

c) Rechte der Gesellschafter bei Nichtzahlung der Beiträge durch einen Gesellschafter.

Sind Mitglieder der Lotteriespielgesellschaft mit der Zahlung ihrer Einsätze im Rückstande, ohne daß sich der einzelne auf die Nichtzahlung der anderen beruft, so ergibt sich die weitere Frage, wonach sich für diesen Fall die Rechte der übrigen Gesellschafter bestimmen. Finden auch die weiteren Bestimmungen über gegenseitige Verträge, die §§ 323 ff. auf das Gesellschaftsverhältnis Anwendung? Die Frage erlangt deshalb besondere Bedeutung, weil das Gesellschaftsrecht in den §§ 723, 737 bereits Schutzbestimmungen für die übrigen Gesellschafter enthält.

1. Anwendbarkeit der §§ 723/737 BGB. — (Kündigung und Ausschließung).

In erster Linie gelten bei Nichtzahlung der Beiträge durch einzelne Gesellschafter die Bestimmungen des Gesellschaftsrechts, da diese als lex specialis den allgemeinen Bestimmungen der §§ 323 ff. vorgehen.

Nach § 723 BGB. kann ein Gesellschafter die Gesellschaft kündigen, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit unmöglich wird.

Eine Kündigung, weil einem Gesellschafter die Leistung unmöglich ist, kann bei der Lotteriespielgesellschaft nicht in Frage kommen. Die Leistung der Gesellschafter besteht in der Zahlung von Geldeinsätzen. Eine Unmöglichkeit zur Zahlung von Geld gibt es nicht. Eine objektive, d. i. für alle gegebene Unmöglichkeit unter keinen Umständen; aber auch eine subjektive Unmöglichkeit, ein nur für den Schuldner vorhandenes Unvermögen zur Zahlung von Geld wird im Sinne der Unmöglichkeitslehre ebenfalls nicht angenommen, wenigstens nicht, soweit sich die Verpflichtung in mäßigen Grenzen hält. Stets besteht noch die Möglichkeit, daß der Schuldner durch Darlehnsaufnahme oder ähnliches seinen Verpflichtungen nachkommen kann. Bei der Lotteriespielgesellschaft, in der nur eine Verpflichtung der Mitglieder zur Zahlung von verhältnismäßig geringen Geldbeträgen besteht, ist eine Unmöglichkeit der Leistung somit nie gegeben.

Dagegen kann in der Verzögerung der Beitragszahlung eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung der dem Gesellschafter obliegenden Verpflichtungen liegen, und insofern könnte das Kündigungsrecht nach § 723 auch bei der Lotteriespielgesellschaft Bedeutung gewinnen. Da aber das Kündigungsrecht nach § 723 auf Voraussetzungen beruht, die zwar in vielen Fällen, jedoch nicht bei der Lotteriespielgesellschaft vorliegen, erscheint es für diese nicht anwendbar.

Durch die Möglichkeit einer Kündigung nach § 723, die zwar nicht unbedingt die Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben müßte, (siehe § 737), würde jedoch die Lotteriespielgesellschaft, welche schon durch die Säumnis eines Mitgliedes betroffen ist, außerdem noch ein zahlungswilliges Mitglied, nämlich den Kündigenden, verlieren; es würde damit eine unbillige Mehrbelastung der übrigen herbeigeführt werden, die bei der Auseinandersetzung für den Fehlbetrag aufkommen müßten. (§ 735). Eine derartig einschneidende Befugnis hat zwar bei Gesellschaften ihre Berechtigung, die auf einem besonderen gegenseitigen Vertrauensverhältnis aufgebaut sind, in denen deshalb bei groben Verfehlungen eines Gesellschafters den übrigen eine Fortsetzung nicht zugemutet werden kann[44]). Erschöpfen sich aber die Verpflichtungen der Mitglieder, wie bei der Lotteriespielgesellschaft, in der Zahlung der Einsätze, so liegt ein besonders schutzbedürftiges Vertrauensverhältnis nicht vor. Da die Bestimmung des § 723 BGB. dispositiver Natur ist, wird ihr Ausschluß regelmäßig als stillschweigend vereinbart zu gelten haben.

Eine weitere Handhabe gegenüber dem säumigen Gesellschafter gibt der § 737 BGB. in der Ausschließung eines Gesellschafters.

Der § 737 macht in seinem Wortlaut das Ausschließungsrecht von einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrage des Inhalts abhängig, daß die Gesellschaft fortbestehen solle, wenn ein Gesellschafter kündige. Die Kündigungsbefugnis ist, wie oben gesehen, als stillschweigend ausgeschlossen zu betrachten. Eine Bestimmung über die Wirkung einer Kündigung auf das Bestehen des Gesellschaftsverhältnisses kann deshalb im Lotteriespielgesellschaftsvertrage naturgemäß auch nicht etwa stillschweigend vereinbart sein. Da der § 737 im Ganzen wie in seinen Einzelheiten nachgiebiges Recht ist[45]), steht jedoch das Fehlen von Kündigungsbestimmungen im Vertrage der Ausschließungsbefugnis nicht entgegen.

Nur dann kann aber das Ausschließungsrecht bei der Losgesellschaft praktische Bedeutung erlangen, wenn es in seinen rechtlichen Auswirkungen den Interessen der vertragstreuen Gesellschafter gegenüber dem Gesellschafter, der seine Pflichten verletzt, dienlich ist. Im berechtigten Interesse der vertragstreuen Gesellschafter liegt eine Handhabe, die ihnen allein die Beteiligung an einem etwaigen Gewinn gibt, im Falle eines erfolglosen Spiels aber eine Haftung des Ausgeschlossenen für den Mehreinsatz der übrigen Gesellschafter begründet. Da der Bestand der Gesellschaft und damit überhaupt eine Gewinnchance nur durch die Vertragstreue sämtlicher Mitglieder gewährleistet ist, würde dieses Ergebnis bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages von allen Gesellschaftern, auch von dem später vertragsuntreu gewordenen, gewollt sein. Ist nun dieses Ergebnis durch die Ausschließung zu erreichen?

---

[44]) Oertmann a.a.O. § 723 Anm. 2; Planck § 723, Anm. 1 b.

[45]) Staudinger § 737 BGB. Bem. III und die herrschende Ansicht.

Nach § 740 BGB. nimmt der ausgeschiedene Gesellschafter an dem Gewinn und dem Verluste teil, welcher sich „aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften" ergibt. Ein „schwebendes" Geschäft liegt dann vor, wenn die Gesellschaft rechtsgeschäftlich einem Dritten gegenüber gebunden ist, mag die Gesellschaft bereits einen Vertrag abgeschlossen haben oder eine sie bindende Offerte abgegeben haben[46]).

Hat die Losgesellschaft mit dem Loshändler sofort einen Vertrag über sämtliche Klassen abgeschlossen oder dem Loshändler insoweit eine bindende Offerte abgegeben, so würde der Gesellschaft mit dem Ausschluß des Säumigen nicht gedient sein; denn alsdann würde ein schwebendes Geschäft über sämtliche Klassen vorliegen. Der Ausgeschiedene würde, obwohl nicht mehr Gesellschafter, dennoch an etwaigen nach seiner Ausschließung gezogenen Gewinnen beteiligt sein. Hat die Losgesellschaft nur einen Vertrag bezgl. eines Loses einer Klasse abgeschlossen, so würde der Säumige zwar nur an einem etwaigen Gewinn in dieser Klasse beteiligt sein. Auch in diesem Falle würde aber die Ausschließung nach den Bestimmungen des § 740 die Interessen der vertragstreuen Gesellschafter nicht genügend schützen. Der säumige Gesellschafter würde am Gewinn einer Klasse teilhaben, obwohl er für die Klasse nicht gezahlt hat.

Auch die Ausschließung des § 737 BGB. wird also den Interessen der Gesellschaft nicht hinreichend gerecht. Nun stellt zwar auch der § 740 wie der § 737 nachgiebiges Recht dar. Die Anwendung der gesamten Ausschließungsbestimmungen erscheint jedoch nur dann notwendig, wenn nicht andere Gesetzesbestimmungen vorhanden sind, die die Entfernung des säumigen Gesellschafters mit den oben dargelegten Wirkungen zwangloser zulassen. In Frage steht hier der § 326 BGB.

2. Anwendbarkeit des § 326 BGB.

Die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschriften über gegenseitige Verträge unterliegt, wie schon bemerkt, keinem Zweifel. Die Anwendung der einzelnen Normen könnte nur im Hinblick auf die Struktur der Gesellschaft oder auf konkurrierende Normen des Gesellschaftsrechts zweifelhaft sein. So läßt die Rechtslehre[47]) die Verzugsvorschriften nur im beschränkten Maße zu. Insbesondere gibt sie ein Rücktrittsrecht wegen der in ihr enthaltenen Rückwirkung und sofortigen Auflösung nur zu Beginn einer Gesellschaft, nicht aber, wenn sie schon in der Ausführung begriffen ist.

Bedenken dieser Art können zwar bei einer Gesellschaft größeren Ausmaßes ausschlaggebend sein; bei der Lotteriespielgesellschaft aber, die in ihren gegenseitigen Beziehungen keine Komplikationen aufweist, sind sie unmaßgeblich. Da die Lotteriespielgesellschaft mit dem Erwerb des Loses für jede weitere Klasse in ein neues Stadium eintritt, das den bisherigen durch die erfolgten Ziehungen erledigten Stadien unabhängig gegenübersteht, und ein Gesellschaftsvermögen, das zurückgewährt werden müßte, bei gewinnloser Zie-

---

[46]) Staudinger § 740 Bem. I.

[47]) Planck § 705, IV, 6; Enneccerus-Lehmann § 173 III, 2; Staudinger a.a.O. § 705 II, 2.

hung nicht vorhanden ist, muß schon nach der Natur der Sache die durch die Anwendung des § 326 gegebene Möglichkeit einer Rückwirkung ohne Bedeutung sein.

Bedenken gegen die Anwendung des § 326 bestehen sonach nicht. Von den in § 326 bestimmten Rechten der übrigen Gesellschafter gegen den Säumigen hat vorliegend nur das Recht, nach Mahnung und Fristsetzung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, Bedeutung. Die Ausübung des Rücktrittsrechts würde bei der Lotteriespielgesellschaft einer Ausschließung nach § 737, die oben als für diese nicht ausreichend erkannt wurde, gleichkommen.

Ist Mahnung und Fristsetzung erfolgt, so sind die Gesellschafter berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Erfüllungsansprüche sind nunmehr beiderseits ausgeschlossen; auf einen etwa später gezogenen Gewinn hat der säumige Gesellschafter keinen Anspruch mehr.

Die Feststellung des Schadens kann erst erfolgen, nachdem die Ziehungen in sämtlichen Klassen erfolgt sind. Ist ein Gewinn nicht gezogen worden, so ist der dem einzelnen Gesellschafter entstandene Schaden gleich der Summe, die er nach dem Ausfall des Einsatzes des säumigen Gesellschafters hinzugezahlt hat. Ist ein Gewinn gezogen worden, so ist insoweit, als der auf den einzelnen Gesellschafter entfallende Gewinnanteil des säumigen Gesellschafters den von ihm übernommenen Beitragsanteil übersteigt, ein Schaden nicht entstanden. Denn hätte der Säumige weiter gezahlt, so hätte er entsprechend seinem gezahlten Einsatz auch einen Anteil am Gewinn erhalten, der ihm nunmehr, da er weder erfüllungsberechtigt noch erfüllungsverpflichtet ist, nicht mehr zusteht. — Der den übrigen Gesellschaftern infolge der Nichterfüllung des Säumigen entstandene Schaden ist ihnen nur dann zu ersetzen, wenn er auf der Nichterfüllung beruht. Haben es die übrigen Gesellschafter unterlassen, in den folgenden Klassen weiterzuspielen und wird dann in einer der folgenden Klassen ein Gewinn gezogen, so ist der Säumige den übrigen Gesellschaftern nicht für diesen entgangenen Gewinn haftbar. Die Säumnis des Gesellschafters bildet zwar die „conditio sine qua non" dafür, daß die übrigen nicht weiterspielten. Sie steht aber mit ihr nicht in adäquatem Zusammenhange. Die Unterlassung des Weiterspielens erscheint als willkürliche für den Säumigen nicht voraussehbare Maßnahme.

Nach diesen Erörterungen kann die Frage, die wiederholt in der Rechtsprechung aufgetaucht ist[48]), inwieweit ein Gesellschafter, der mit seinem Einsatz für eine bestimmte Klasse der Lotterie rückständig ist, an dem in dieser Klasse gezogenen Gewinn teilnimmt, keine Schwierigkeiten mehr bereiten. Ist in einem Vertrage ein Vertragsteil mit der ihm obliegenden Leistung im Rückstande, so wird dadurch ohne weiteres sein Recht, von dem anderen Teile Erfüllung zu verlangen, nicht berührt, ebenso wie seine Pflicht zur Leistung bestehen bleibt. Nur durch die im Gesetz gegebenen Möglichkeiten kann ihm das Recht, Erfüllung zu verlangen, entzogen werden. Diese Möglichkeiten sind die eben erörterten:

1) Ausschließung nach § 737,

---

[48]) RG. in JW. 1904, 360; Gruchots Beitr. 48, 797; RG. Z. 28, 327 ff.; RG. in DJZ. 1906, S. 878 f.; OLG. Rspr. 9, 11, und die gesamte übrige Rechtslehre.

2) Mahnung und Nachfristsetzung nach § 326.

Eine weitere Möglichkeit würde nur in der vertragsmäßigen Abrede gesehen werden können, daß der Teilnehmer, der seine Beiträge nicht rechtzeitig zahlt, seines Rechtes verlustig gehen solle[49]).

Ob aber ein Gesellschafter von sich aus, z. B. durch seine Weigerung, für die späteren Klassen die Einsätze zu entrichten, einen Verlust seines Rechtes auf einen Gewinnanteil herbeiführen kann, erscheint mit Rücksicht auf den Inhalt des Losgesellschaftsvertrages zweifelhaft. Eine Weigerung zur Zahlung könnte nur, als Kündigung nach § 723 BGB. aufgefaßt, einen solchen Verlust herbeiführen. Wie oben bei Darlegung des Gegenstandes des Lotteriespielgesellschaftsvertrages erörtert wurde, erstreckt sich dieser Vertrag im Zweifel auf sämtliche Klassen einer Lotterie. Der Vertrag ist somit nicht auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, eine Kündigung ist hiernach ausgeschlossen.

Ist aber auf Grund besonders gelagerter Umstände ein Kündigungsrecht des Gesellschafters anzunehmen, so ist doch noch nicht in jeder Weigerung eine Kündigung zu erblicken. Insbesondere ist es nicht als Kündigung anzusehen, wenn ein Gesellschafter, vom Geschäftsführer auf Zahlung des Einsatzes belangt, seine Unfähigkeit zur Zahlung erklärt. Es würde weiterhin auch nicht genügen, daß dieser Gesellschafter die Kündigung demjenigen gegenüber erklärt, der ihn im Auftrag der übrigen Gesellschafter zur Zahlung auffordert. Die Kündigung ist, was kaum bestritten wird[50]), nicht als in den Rahmen der Geschäftsführung gehörig, anzusehen. Sie bildet vielmehr, da sie eine Auflösung der Gesellschaft, zum mindesten aber eine Wandlung in dem bisherigen Mitgliederbestande herbeiführt, und somit die Fundamente der Gesellschaft erfaßt, einen besonderen Akt, dessen Entgegennahme der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter vorbehalten sein muß[50]). Soll somit die Erklärung eines Gesellschafters, nicht leisten zu können oder zu wollen, ohne weiteres einen Verlust seines Anspruchs auf den Gewinnanteil in späteren Klassen zur Folge haben, so muß sie in gehöriger Form, allen Gesellschaftern gegenüber, erfolgen. Freilich kann durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag der Geschäftsführer ausdrücklich ermächtigt werden, die Kündigung eines Gesellschafters für die Gesellschaft entgegenzunehmen.

VI. Das Vermögen der Lotteriespielgesellschaft.

a) Beiträge und Beitragsforderungen.

Zum Vermögen einer Gesellschaft gehören nach § 718 BGB. die Beiträge der Gesellschafter, d. i. für die Lotteriespielgesellschaft die Einsätze der Teilnehmer. Es fehlt im § 718 an der nötigen Klarheit darüber, ob die Beiträge erst dann, wenn sie geleistet sind, zum Gesellschaftsvermögen gehören, oder ob unter den Beiträgen auch die Beitragsforderungen zu verstehen sind. Wie schon oben[51]) bei der Untersuchung der Frage, ob die einzelnen Gesell-

[49]) RG. Z. 28, 328; 27, 206.

[50]) OLG. Kiel 9, 11; Planck § 723 2; Oertmann § 723 Anm. 1; Goldmann-Lilienthal S. 771; Knoke a.a.O. S. 107.

[51]) S. 9 ff.

schafter die Beitragsansprüche geltend machen können, dargelegt wurde, gehen die Ansichten über die Rechtszuständigkeit der Beitragsforderungen auseinander.

Das Reichsgericht und mit ihm Enneccerus, H. Lehmann, Cosack, Dernburg, Staudinger[52]) schließen aus dem Wirksamwerden der Gesamthand bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages, daß die Gesamthand auch die Beitragsforderungen erfaßt. Es wird zwar von diesen Vertretern anerkannt, daß § 705 dem entgegensteht, daß ferner die Fassung des § 718 nicht ohne weiteres für die Zugehörigkeit der Beitragsforderungen zum Gesellschaftsvermögen spricht. Sie glauben aber, aus verschiedenen praktischen Erwägungen heraus die Beitragsforderungen dem Gesellschaftsvermögen nicht absprechen zu können.

Nicht stichhaltig erscheint der von Enneccerus- H. Lehmann[53]) herangezogene Grund, daß andernfalls die Geschäftsführer zur Einziehung der Beiträge weder berechtigt noch verpflichtet seien, da sie nur Gesellschaftsfunktionen wahrzunehmen hätten, die Gesellschaft aber zur Einziehung der Beiträge nicht befugt sei. Es wird vielmehr der Gesellschaftsvertrag bzw. die spätere Bestellung von Geschäftsführern fast ausnahmslos dahin auszulegen sein, daß den Geschäftsführern von den Gesellschaftern auch die ihnen etwa zustehende Befugnis zur Einziehung der Beiträge, die vielfach die Hauptaufgabe der Geschäftsführung sein soll, übertragen ist.

Ebensowenig erscheint der von Dernburg herangezogene Grund geeignet, die Behauptung von der Zugehörigkeit der Beitragsforderungen zum Gesellschaftsvermögen zu stützen. Wollte man, so argumentiert Dernburg, den einzelnen Gesellschaftern den Anspruch auf die Beiträge zuerkennen, so würde den einzelnen Gesellschaftern ein Verfügungsrecht über die Beitragsforderungen gegeben sein und damit den Privatgläubigern ein Vorzug vor den Gesellschaftsgläubigern, denen doch die Beiträge dienen sollten, eingeräumt werden. Doch diese Schlußfolgerung ist m. E. irrig. In ihr wird verkannt, daß der Beitragsanspruch des einzelnen Gesellschafters kein Anspruch auf Leistung an den Gesellschafter selbst, sondern ein von Staudinger a.a.O. treffend genannter „Sozialanspruch", ein Anspruch zur Leistung an die gemeinsame Kasse ist. Der Anspruch gehört, wie Oertmann[54]) hervorhebt, nicht zum Vermögen des einzelnen Gesellschafters und ist deshalb auch nicht Gegenstand der Vollstreckung in sein Vermögen.

Zwingender schon erheischt die von Enneccerus a.a.O. und dem Reichsgericht a.a.O. angeführte praktische Erwägung den Schluß, entgegen dem Wortlaut des § 705 die Beitragsforderungen zum Gesellschaftsvermögen zu rechnen. Denn, so wird ausgeführt, würde man die Beitragsforderungen dem Gesellschaftsvermögen absprechen, so würde man sie zugleich dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger für den Fall entziehen, daß sich die Gesellschafter den Gläubigern gegenüber auf eine Haftung nur mit dem Gesellschaftsvermögen beschränkt hätten. Ein derartiges Ergebnis würde für die Gesellschaftsgläubiger, deren einzige Deckung in vielen Fällen nur die Beiträge der Gesellschafter sind, in höchstem Grade unbillig sein.

---

[52]) a.a.O. S. 10.
[53]) § 399, I, 1.
[54]) a.a.O. § 705 Anm. 3.

Aus diesem Grunde spricht sich auch Oertmann, a.a.O. „wenn auch nicht ohne ernste Bedenken" für die Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen aus. Bei einer gegenteiligen Meinung, so führt Oertmann weiter aus, ergäbe sich das unerträgliche Ergebnis, daß die Beitragsforderungen, die jedenfalls nicht zum Vermögen des einzelnen Gesellschafters gehörten, in niemandes Vermögen ständen und „also überhaupt nicht Bestandteile irgend eines Vollstreckungszugriffs wären". „Andererseits", so fährt Oertmann fort, „sind die Beiträge für das Gesellschaftsvermögen bestimmt und es besteht ein Anspruch auf ihre Ueberführung dahin; daß dieser den Gesellschaftern als einzelnen zusteht, kann materiell kaum entscheiden, da hier in der Sache jeder nur für die Gesellschaft handelt."

Mit diesen Sätzen spricht Oertmann, wenn auch unbestimmt, den Gedanken aus, daß nicht nur dem einzelnen Gesellschafter, sondern auch der Gesellschaft als solcher materiell ein Anspruch auf Zahlung der Beiträge zusteht. Er findet diesen Gedanken zwar nicht als positiven Rechtssatz im Gesetz vor, interpretiert ihn aber aus der ratio legis. M. E. ist aber eine derartige umständliche Interpretation dann nicht erforderlich, wenn man den Gesellschaftsvertrag nicht als reinen gegenseitigen Vertrag ansieht, der nur Rechte und Pflichten unter den Vertragsparteien erzeugt, sondern ihn hinsichtlich der Beitragsforderungen als Vertrag zugunsten Dritter betrachtet.

Gemäß § 328 BGB. kann durch Vertrag eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. Nach Abs. II ist in Ermangelung einer besonderen Bestimmung aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben soll. Zweck des Gesellschaftsvertrages ist das gemeinschaftliche Spielen eines Lotterieloses. Die gezahlten Beiträge gehören zum Gesellschaftsvermögen. Sind aber die Beiträge für die Gesellschaft bestimmt, so muß die Gesellschaft, wenn sie richtig fundiert sein soll, auch einen Anspruch auf Zahlung der Beiträge gegen die Mitglieder haben. Der Zweck des Gesellschaftsvertrages erfordert es, daß die Gesellschaft unmittelbar einen Anspruch auf Zahlung der Beiträge erwirbt.

Eine Auslegung des Gesellschaftsvertrages im Sinne des § 133 BGB. nach dieser Richtung hin ist allerdings m. W. nirgendwo vertreten worden. Mit einer derartigen Auslegung des Gesellschaftsvertrages wird man jedoch einmal dem Willen der Vertragsschließenden und dem Zweck des Vertrages gerecht, ferner entfällt das andernfalls vorhandene Bedenken, daß der § 705 mit einer Zurechnung der Beitragsforderungen zum Gesellschaftsvermögen in Widerspruch stehe, ein Bedenken, das auch durch die vom Reichsgericht hervorgehobenen praktischen Erwägungen nicht beseitigt wird.

b) Die vom Geschäftsführer für die Gesellschaft erworbenen Lose, insbesondere wenn der Geschäftsführer im eigenen Namen aufgetreten ist.

Neben den geleisteten Einsätzen und den Forderungen auf Zahlung der Einsätze gehören zum Vermögen der Lotteriespielgesell-

schaft die von der Gesellschaft erworbenen Lose. Außer Zweifel steht die Zugehörigkeit der erworbenen Lose zum Gesellschaftsvermögen dann, wenn die Gesellschafter gemeinsam das Los beim Lotteriekollekteur gekauft und erworben haben. Ebenso unzweifelhaft gehören die Lose zum Gesellschaftsvermögen, wenn sie von dem mit dem Kauf der Lose beauftragten Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft erworben wurden. Dies ergibt sich nicht erst aus dem § 718, sondern schon aus der Anwendung der Grundsätze über die Stellvertretung. Der § 718 hat für diesen, wie auch für den erstgenannten Fall nur die Bedeutung, daß die erworbenen Gegenstände nicht den Gesellschaftern als einzelnen, sondern der gesamthänderisch verbundenen Gemeinschaft der Gesellschafter zustehen.

1. Auslegung des § 718.

Die Fassung des § 718, nach der die „durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände" Gesellschaftsvermögen werden, zwingt aber zu einer näheren Erörterung der umstrittenen Frage, ob die Lose, die von dem Geschäftsführer, ohne daß dieser irgendwie zu erkennen gibt, daß sie für eine Spielgesellschaft bestimmt sind, somit im eigenen Namen gekauft und erworben werden, unmittelbar ins Gesellschaftsvermögen fallen, oder ob in diesem Falle zunächst der Geschäftsführer das Eigentum an dem Lose erwirbt und es erst einer weiteren Uebertragung bedarf, um das Los zum Gesellschaftsvermögen zu machen.

Die Frage muß schon um deswillen hier aufgeworfen werden, weil ein derartiger Erwerb, bei dem der Geschäftsführer im eigenen Namen auftritt, bei der Lotteriespielgesellschaft die Regel bildet. Ebenso wie beim Kauf von sonstigen Gegenständen des täglichen Lebens wird es auch beim Kauf von Losen selten vorkommen, daß derjenige, der den Kauf abschließt und den Erwerbsakt tätigt, kundgibt, daß er für einen anderen abschließen und erwerben will. Die Frage hat auch weiterhin erhebliche praktische Bedeutung, sowohl zivilrechtlich bei Pfändungen und beim Konkurs, wie auch strafrechtlich[55]).

Von Enneccerus[56]) wird unter Hinweis auf die Formulierung des § 718 die Ansicht vertreten, daß sich der Erwerb von Vermögen für die Gesellschaft durch deren Geschäftsführer nicht nach den Regeln der Stellvertretung vollziehe, daß dieser Erwerb vielmehr durch den § 718 eine besondere Normierung erfahren habe. Unmittelbarer Erwerb für die Gesellschaft liege nach § 718 stets dann vor, wenn der Geschäftsführer beim Abschluß des Geschäfts für die Gesellschaft habe erwerben wollen. Im § 718 sei nichts darüber gesagt, daß der Erwerb im Namen der Gesellschaft gemacht sein müsse, man könne deshalb auch ein derartiges Erfordernis nicht in den § 718 hineininterpretieren. Weiterhin würde, wenn man den § 718 nicht in dieser Weise auslegen würde, der § 720 überflüssig sein.

Diese Ansicht wird insbesondere geteilt von Oertmann, Soergel[57]) die sich im wesentlichen der Begründung von Enneccerus an-

[55]) RG. Str. 43, 55.
[56]) Enneccerus-Lehmann § 176, I, 2.
[57]) Oertmann § 718, 2b; Soergel § 718 Anm. 1.

schließen. Der Standpunkt des RG. erscheint zunächst unklar. In der Entscheidung des RG. Str. 43, 55 hat das Reichsgericht den Erwerb des Eigentums an einem Lotterielose durch den mit der Geschäftsführung Beauftragten als unmittelbar für die Gesellschaft erfolgt auch dann angesehen, wenn der Geschäftsführer als stiller Stellvertreter handelte[58]). Es hat hierbei jedoch nicht den § 718, sondern in abwegiger Begründung den § 714 herangezogen. § 714 konstatiert nur eine Vermutung für die Vertretungsbefugnis, ohne eine Vertretungswirkung für den Einzelfall bestimmen zu wollen. Den entgegengesetzten Standpunkt, der auch sonst vom Reichsgericht vertreten wird, nimmt RG. Z 54, 105 f. ein, in welcher Entscheidung eingehend dargelegt wird, daß der im eigenen Namen auftretende Geschäftsführer zunächst selbst berechtigt wird und nur gemäß § 713, 667 BGB. verpflichtet ist, das Erworbene auf die Gesellschaft zu übertragen[59]).

Die von Enneccerus und den oben angeführten Autoren vertretene Ansicht von einer die allgemeinen Regeln der Stellvertretung ausschließenden Bedeutung des § 718 vermag jedoch nicht zu überzeugen.

Die Fassung des § 718 spricht schon nicht ohne weiteres dafür, Auch ein gesetzgeberischer Grund, den Erwerb für eine Gesellschaft anderen Regeln zu unterstellen, als den Erwerb für eine Einzelperson, ist nicht ersichtlich. Besondere Gründe liegen im Familien- und Erbrecht vor, bei der Verwaltung besonderer Vermögensmassen durch einen anderen, wie bei der Verwaltung des eingebrachten Gutes und des Gesamtgutes durch den Mann (§§ 1381, 1473), des Kindesvermögens durch den Vater (§ 1646), des Vermögens der Erbengemeinschaft durch die Erben (§ 2041). Wenn hier das Gesetz bestimmt, daß das, was durch den jeweiligen Verwalter erworben wird, sofern dieser nur für die verwaltete Vermögensmasse erwerben will, unmittelbar in die Masse fällt, ohne Rücksicht darauf, ob der Verwalter im eigenen Namen oder im Namen des Vertretenen gehandelt hat, so soll damit eine Gefährdung der Substanz dieser Vermögensmassen vermieden werden, die wegen des mit der Verwaltung zugleich gegebenen beschränkten Verfügungsrechts des Verwalters im besonderen Maße gegeben ist[60]). Gegenüber diesem gesetzlich gegebenen Verwaltungs- und Verfügungsrecht liegt bei dem durch freie Vereinbarung an den Geschäftsführer übertragenen Verwaltungsrecht ein besonderes Schutzbedürfnis für die Gesellschaft nicht vor. Wenn der Gesetzgeber aber gleichwohl das Gesellschaftsvermögen in gleicher Weise wie die Vermögensmassen des Familien- und Erbrechts behandelt wissen wollte, so hätte er

---

[58]) Uebereinstimm. ohne Begründung, Soergel a.a.O.

[59]) Smoschewer (in JW. 1911, S. 314) läßt die Ausführungen in RG. Str. 43, 55 insoweit gelten, als sie nur das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffen, während für das Verhältnis nach außen hin die Sache anders liege, ebenso wie auch der RGR.-Komm. (§ 718 Bem. 2) den Erwerb für die Gesellschaft, was das innere Rechtsverhältnis betrifft, schon dann als gegeben ansieht, wenn der Geschäftsführer für die Gesellschaft hat erwerben wollen. — Die damit durchgeführte Unterscheidung von innerer und äußerer Wirksamkeit eines dinglichen Uebertragungsaktes bringt jedoch nur Verwirrung in die vorliegend zu behandelnde Frage nach der Bedeutung des § 718. Die Entscheidung kann hier nur dahin gehen, daß entweder ein Erwerb der Gesellschaft nach außen hin gegeben ist oder nicht.

[60]) Thiele, Arch. ziv. Prax. 91, S. 1.

sich auch äußerlich im Wortlaut an die Fassung jener Bestimmung angelehnt, in denen es sich entweder um Rechtsgeschäfte handelt, „die sich auf die fragliche Vermögensmasse beziehen", oder bei denen die Gegenstände mit Mitteln der Vermögensmasse erworben sein müssen.

Auch ein weiteres Moment läßt die grundsätzliche Verschiedenheit des § 718 einerseits und der angeführten erb- und familienrechtlichen Bestimmungen andererseits erkennen. Sowohl hier wie dort wird näher angegeben, was als Surrogation Bestandteil des Vermögens werden soll. Während aber in den §§ 1473 usw. ausdrücklich der rechtsgeschäftliche Erwerb in die Surrogation einbezogen wird, findet man im § 718 Abs. II lediglich die übrigen Surrogationsarten wieder; eine Einbeziehung der im Abs. I bezeichneten „von der Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände" in die Surrogationsbestimmung des Abs. II aber wäre durch nichts gerechtfertigt und widerspräche auch der üblichen Gesetzestechnik.

Mit der Normierung des § 718 hat das Gesetz nicht einen von den allgemeinen Regeln abweichenden Erwerb von Vermögen durch die Gesellschaft feststellen wollen; Sinn und Zweck dieser Bestimmung war vielmehr, dem Gesamthandsprinzip für das Gesellschaftsrecht Ausdruck zu geben und das von der Gesamthand ergriffene Vermögen, das neben den Beiträgen auch das durch die Geschäftsführung erworbene umfaßt, festzulegen[61]).

Das von Enneccerus und den übrigen für ihre Auslegung herangezogene Argument, daß andernfalls der § 720 überflüssig wäre, schlägt ebenfalls nicht durch. Freilich hätte es einer solchen Schutzbestimmung für die von Staudinger[62]) angeführten Fälle, daß ein Gesellschafter eine für ihn bereits bestehende Forderung als Beitrag einbringt, oder daß der im eigenen Namen aufgetretene Geschäftsführer, der eine Forderung zunächst für sich erworben hat, diese auf die Gesellschaft überträgt, ohne daß der Schuldner von der Einbringung bezw. von der Uebertragung Kenntnis hat. Da es sich in beiden Fällen um eine einfache Zession handelt, würde schon der § 407 den Schuldner schützen. Wie aus den Protokollen[63]) hervorgeht, hat der Gesetzgeber mit dem § 720 diese Fälle auch nicht treffen wollen. Der § 720 folgt unmittelbar auf die Bestimmungen, die die Gesamthandseigenschaft der Gesellschaft kundtuen; er soll den Schuldner vor Nachteilen schützen, die dadurch entstehen können, daß er zwar Kenntnis davon hat, daß Gläubiger der Forderung mehrere Personen sind, jedoch die Tatsachen nicht kennt, aus denen sich die gesellschaftliche, d. i. die gesamthändische Verbundenheit der Gläubiger ergibt, welche eine Verfügungsmöglichkeit des einzelnen Gläubigers über seinen Anteil an der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Forderung ausschließt. „Ohne diese besondere Kenntnis", so würde in der zweiten Kommission geltend gemacht, sei er zu der Annahme berechtigt, daß nach der Regel des § 420, Teilbarkeit der Forderung vorausgesetzt, jeder Gläubiger

---

61) Für diese beschränkte Bedeutung des § 718 auch die übr. Literatur: RG. Z. 54, 105 f.; Planck a.a.O. II, § 718, 1 A, b; Staudinger § 718, II, 2; Dernburg II, 2 § 359 I, 2 Anm. 2.

62) a.a.O. § 718 II, 2.

63) Bd. II S. 434.

über einen gleichen Anteil verfügen könne"[64]). Nur diese und keine andere Bedeutung kommt dem § 720 zu; diese Bedeutung ist aber in gleicher Weise bei der hier vertretenen, wie auch bei der von Enneccerus vertretenen Auslegung des § 718 gegeben. Ein Argument für die Annahme, daß der Geschäftsführer, auch wenn er im eigenen Namen handelt, unmittelbar für die Gesellschaft erwirbt, läßt sich somit aus dem Vorhandensein des § 720 nicht herleiten.

2. Anwendbarkeit des § 164 bei dem dinglichen Erwerb des Loses.

Da sich aus dem § 718 keine Besonderheit für das Gesellschaftsrecht ergibt, ist die angeschnittene Frage, wer das Eigentum an dem gekauften Lose erwirbt, wenn der Geschäftsführer im eigenen Namen auftritt, nach den allgemeinen Grundsätzen des § 164 zu entscheiden.

Hier ist zunächst die grundsätzliche Frage aufzuwerfen, ob die Vertretungswirkung des § 164 eintreten kann, wenn der im eigenen Namen Auftretende den inneren Willen hat, für einen anderen zu handeln.

Ein Vertrag setzt zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Der Vertretungswille ist Inhalt der vom Vertragsgegner gebilligten Willenserklärung. Die Vertretungswirkung tritt demnach grundsätzlich nur ein, wenn der Vertretungswille erklärt ist oder sich aus den Umständen ergibt. War die Willenserklärung eines Verkäufers, die Verkaufsofferte, in der Weise fest bestimmt, daß sie nur an den als Käufer Auftretenden gerichtet war und deckte sich dessen Annahmeerklärung hiermit, so ist ein Vertrag nur zwischen diesen beiden Personen zustandegekommen. Daß der als Käufer Auftretende innerlich den Willen hatte, für einen anderen zu handeln und diesen zu verpflichten, bleibt unberücksichtigt, da dieser Wille nicht erklärt ist. Etwa vorliegende Umstände, die auf den Vertretungswillen des Käufers schließen lassen könnten, sind dem Verkäufer gegenüber nur dann von Bedeutung, wenn sie diesem erkennbar waren. Nicht genügt es, daß „etwa dem Richter im nachfolgenden Prozesse Umstände nachgewiesen werden, die auf den Vertretungswillen . . . hinwiesen[65]). Derartige Umstände können den Inhalt der Erklärungen nur dann bestimmen, wenn sie auch dem Verkäufer zugänglich waren[66]). Bei Kreditkaufverträgen wird die Offerte des Verkäufers immer in der bezeichneten Weise bestimmt sein, da der Verkäufer, bevor er sich zur Vorleistung verpflichtet, stets wissen will, ob auch der Käufer kreditwürdig ist, somit stets nur mit einem bestimmten Käufer abschließen wird.

Eine Offerte kann aber auch in der Art an eine Person gerichtet sein, daß diese bestimmen mag, wer der Geschäftsherr sein soll. So kann bei der Eigentumsübertragung in der Offerte des Veräußerers, dem es gleichgültig ist, wer der Erwerber wird, ein Einverständnis darüber liegen, daß Erwerber derjenige sein solle, der es nach dem Willen des als Erwerber Auftretenden werden soll.

---

[64]) Siehe auch Staudinger § 720, 1.

[65]) Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 467.

[66]) Manigk a.a.O.

Alsdann ist zwischen den Parteien ein etwaiger Vertretungswille zum Ausdruck gekommen. Die Vertretungswirkung tritt hier nicht etwa allein vermöge des inneren Willens des Vertreters ein, sondern weil der Veräußerer mit dem etwa vorhandenen Vertretungswillen des Erwerbers einverstanden war. Daß im § 164 zum Ausdruck gebrachte „Offenheitsprinzip"[67]) bedeutet nicht, daß dem einen Vertragsteil unter allen Umständen der Vertragsgegner bekannt sein muß. Es genügt, daß der Vertragsgegner um die Möglichkeit des Vertretungswillens des anderen Teils weiß. Der Vertretungswille darf nicht „nicht erkennbar" sein (§ 164). Nicht erkennbar, d. h. „verdeckt" ist in einem solchen Falle der Sinn der Erklärung nicht, er ist bloß als selbstverständlich nicht näher hervorgehoben[68]).

Daß die Vertretungswirkung des § 164 in den Fällen gegeben ist, in denen es dem Vertragsgegner gleichgültig ist, mit wem er abschließt, ist in der Literatur unbestritten[69]). Streit herrscht nur, wenigstens scheinbar, darüber, w a n n ein solcher hinsichtlich der Person des anderen Vertragsteils unbestimmter Geschäftswille des Vertragsgegners anzunehmen ist. Daß er bei obligatorischen Geschäften zu vermuten sei, wird nirgendwo behauptet. Wie schon bemerkt, kann es bei derartigen verpflichtenden Rechtsgeschäften dem Vertragsgegner niemals gleichgültig sein, wer sich ihm verpflichtet. Bei gegenseitigen Verträgen wird er sich selbst nur verpflichten, wenn er die Kreditwürdigkeit dessen kennt, der sich ihm gegenüber verpflichtet.

Gründe dieser Art liegen aber im allgemeinen bei dinglichen Rechtsgeschäften, insbesondere bei Uebereignungen nicht vor. Auch bei Uebereignungen auf Grund von Kreditkaufverträgen kann der Veräußerer kaum ein Interesse daran haben, ob der Käufer für sich oder unmittelbar für einen anderen Eigentum erwirbt; das Eigentum ist endgültig übertragen; ob an den Käufer oder einen Dritten, ist belanglos. Ist der Käufer selbst Eigentümer geworden, so ist er durch nichts gehindert, das Eigentum sofort an einen Dritten zu übertragen und es dadurch dem Verkäufer als Exekutionsobjekt zu entziehen.

Tatsächlich besteht denn auch in der Literatur — genau gesehen — kein Streit darüber, wann ein hinsichtlich der Person des Erwerbers unbestimmter Uebereignungswille beim Veräußerer vorhanden ist. Wenn Rümelin[70]) feststellt, daß „die Willenserklärung des Tradenten in dubio in dem Sinne auszulegen sei: Du kannst Dich für diesen und den entscheiden", und im gleichen Sinne das Reichsgericht[71]) den Willen des Veräußerers nur dann in Betracht zieht, „wenn für den Veräußerer ein besonderes Interesse bestand, daß gerade der Vertragsgegner und niemand anders Eigentümer werden sollte", so nehmen sie doch gerade die Fälle aus, die Planck und Oertmann[72]) davon abhalten, einen solchen unbestimmten Willen des Veräußerers „in dubio" anzunehmen.

In der Veräußerung eines Lotterieloses ist jedenfalls kein Fall zu erblicken, bei welchem der Veräußerer ein besonderes Interesse

---

67) R. Leonhard, Allg. Teil, S. 364 f.
68) R. Leonhard a.a.O.
69) Planck § 164, 5 a, ferner § 718 I, A b; Oertmann § 164, 1 e.
70) Handeln im fremden Namen, Arch. ziv. Pr. 93, 229.
71) RG. Z. 100, 192, auch Warneyer § 164 Bem. IX.
72) Planck a.a.O.; Oertmann a.a.O.

daran hat, daß gerade derjenige, der als Käufer auftritt, auch Eigentümer wird. Die Uebereignungserklärung des Veräußerers eines Lotterieloses ist dahin auszulegen, daß derjenige Eigentümer wird, der es nach dem Willen des Käufers werden solle.

Der Eigentumserwerb des von dem im eigenen Namen auftretenden Geschäftsführer erworbenen Loses durch die Gesellschaft macht also, soweit die Eigentumsübertragungsofferte des Loshändlers in Frage steht, hinsichtlich der Erfordernisse des § 164 BGB. keine Schwierigkeiten mehr. Die Offerte ist erkennbar an den als Loskäufer auftretenden Geschäftsführer in der Weise abgegeben worden, daß Eigentümer derjenige werde, der es nach dessen Willen werden solle.

Da nun ein Vertrag grundsätzlich zwei übereinstimmende Willenserklärungen erfordert, muß, wie die Offerte, so auch die Annahme der Offerte den Erfordernissen des § 164 genügen. Ist bei einem Uebereinigungsvertrage der Erwerber der Person nach bestimmt, so ist durch die körperliche Hinnahme der Sache die Annahme nach § 164 ausreichend erklärt. Durch die Hinnahme der Sache erklärt der der Person nach bestimmte Erwerber, daß er die Eigentumsübertragungsofferte annehme. Wie dargelegt, ist aber die Eigentumsübertragungsofferte durchweg nicht an eine bestimmte Person gerichtet. Wie weiter erkannt, liegt auch in unserem Falle eine solche unbestimmte, oder prägnanter gesagt, hinsichtlich der Person des Erwerbers alternativ gestellte Offerte (entweder Du sollst Eigentümer werden oder derjenige, für den du etwa als Vertreter handelst) vor. Ebensowenig wie nun aber ein Angebot mit dem Inhalt „entweder — oder" mit „Ja" beantwortet werden kann, kann ein hinsichtlich der Person des Erwerbers alternativ gemachtes Angebot durch eine Erklärung des Annehmenden, er nehme das Angebot der Sache an, angenommen werden, wenn nicht in der Annahme auch erklärt wird, für wen das Angebot nun angenommen werde.

Eigenartiger Weise ist diese wichtige Frage bei den Versuchen einer konstruktiven Darstellung des unmittelbaren Eigentumserwerbs bei indirekter Vertretung in der einschlägigen Literatur nicht berührt worden. Jeroschewitz[73]) versucht eine eigenartige Lösung. Er vertritt die Ansicht, daß der unmittelbare Eigentumsübergang auf den Vertreter mit der bisherigen Ansicht, die Annahme der Offerte sei wie die Offerte selbst auch hinsichtlich der Bestimmung der Person des Erwerbers eine Willenserklärung, nicht zu deuten sei. Die oben bei Betrachtung der Offerte erörterten Erwägungen, daß es dem Veräußerer gewöhnlich gleichgültig sei, wer Eigentümer werde, führen Jeroschewitz über die weitere Erkenntnis, daß der Veräußerer hiernach auch stillschweigend auf die Erklärung des Annehmenden, wer Erwerber sein solle, verzichte, an Hand der grundlegenden Darlegungen Manigks zu einer Lösung dahin, daß die Annahme der Offerte nicht als Willenserklärung, sondern soweit es sich um die Person des Erwerbers handele, als Willensgeschäft den Eigentumsübergang perfiziere.

---

[73]) Jeroschewitz: Vertretung bei der Fahrnisübereignung, Königsberger Diss. 1920. Vgl. aber auch Manigk Artik. Interessenjurisprudenz H. d. R. III 312 über den Erwerb des Vertretenen durch antizipiertes Besitzkonstitut.

[74]) Eichler: Vertretung für denjenigen, den es angeht, Marburger Diss. 1931.

Diese Lösung ist meines Erachtens konstruktiv einwandfrei. Eichler[74]) hat dies ein Jahrzehnt nach Erscheinen der Arbeit Jeroschewitz's nochmals nachgewiesen. Schwierigkeiten sieht Cohn[75]), der im übrigen den Ausführungen Jeroschewitz's voll beipflichtet, lediglich in dem Falle, daß die Bestimmung der Person des Erwerbers der tatsächlichen Hinnahme der Sache aus der Hand des Veräußerers zeitlich nachfolge. Einer Erörterung der sich in diesem Falle ergebenden Fragen bedarf es jedoch in unserem Falle des Erwerbes eines Lotterieloses durch den Geschäftsführer für die Losgesellschaft nicht, da die Bestimmung der Person des Erwerbers, der Losgesellschaft, normalerweise sich schon in dem Kauf des Loses offenbart, der insbesondere hinsichtlich des Preises entsprechend den Vereinbarungen der Losgesellschaft erfolgt. Die nach § 929 weiterhin erforderliche Uebergabe wird durch eine Vereinbarung nach § 868 BGB. (wozu auch ein Auftragsverhältnis gehört), ersetzt, die, wenn sie vorher getroffen, als antizipiertes Besitzkonstitut mit der Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Stellvertreter den Vertretenen zum unmittelbaren Besitzer macht[76]).

Abschließend ist hiermit festzustellen, daß auch die Lose, die von dem mit ihrem Ankauf beauftragten Geschäftsführer erworben werden, unmittelbar zum Vermögen der Lotteriespielgesellschaft gehören, auch wenn der Geschäftsführer nicht zu erkennen gegeben hat, daß sie für die Lotteriespielgesellschaft bestimmt sind.

3) Der bedingte Gewinnanspruch, der gezahlte Gewinn und bei Klassenlotterien der Anspruch auf ein Erneuerungslos.

Zum Vermögen der Lotteriespielgesellschaft gehören fernerhin die in dem Lose verkörperten Rechte dem Lotterieunternehmer gegenüber nach dem jeweils festgestellten Gewinnplan: auf Vornahme einer ordnungsmäßigen Ziehung und Auszahlung des etwa auf das Los gefallenen Gewinnes; ferner gehört zum Gesellschaftsvermögen gemäß § 718 Abs. II der im Gewinnfall ausgezahlte Geldbetrag als das, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes, des Loses, erworben ist.

Für das Vermögen der Lotteriespielgesellschaft, die das Spiel in einer Klassenlotterie zum Gegenstand hat, ergibt sich noch eine Besonderheit. — Der Eigentümer eines Loses, das in der ersten Klasse nicht gezogen worden ist, hat einen Anspruch auf ein Los gleicher Nummer der folgenden Klasse gegen Zahlung des Einsatzes für die neue Klasse; wird es auch hier nicht gezogen, der nachfolgenden Klassen usw. (§ 6 der allgemeinen Bestimmungen zur preußisch-süddeutschen Klassenlotterie). Dieser Anspruch gibt somit die Möglichkeit, für den Lospreis der ersten Klasse jeweils ein Los der folgenden Klasse als „Erneuerungslos" zu erwerben, bei dem die Gewinnchancen höher sind, ohne daß der besondere Satz für die gestiegenen Gewinnchancen nachgezahlt werden müßte, wie dies bei gewöhnlichen „Kauflosen" der Fall ist.

---

[75]) Cohn: Das rechtsgeschäftliche Handeln, für den es angeht, Marburg 1931, Seite 154 ff.

[76]) RG. Z. 100, 193.

Dieses in dem Eigentum am Los der ersten Klasse enthaltene bedingte Anrecht gehört ebenfalls zum Gesellschaftsvermögen; ferner gehören zum Gesellschaftsvermögen gemäß § 718 II die auf Grund dieses bedingten Anrechts erworbenen Lose der folgenden Klassen[77]).

VII. a) Die gesamthändische Rechtszuständigkeit des Eigentums am Lose, der im Lose verkörperten Rechte und des Besitzes am Lose.

Das im vorhergehenden Kapitel behandelte Vermögen der Lotteriespielgesellschaft steht gemäß § 718 BGB. den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Die Art dieser Rechtszuständigkeit soll im folgenden zunächst näher bestimmt werden. Nur wenn die besondere Rechtszuständigkeit des Gesellschaftsvermögens klar erfaßt ist, läßt sich die in diesem Kapitel zu behandelnde Frage beantworten, ob die Einzelansprüche, die aus dem Recht an den Vermögensgegenständen entspringen können, nur von den Mitgliedern der Lotteriespielgesellschaft insgesamt oder auch von jedem einzelnen Mitglied geltend gemacht werden können.

Die Frage nach der Rechtszuständigkeit des Vermögens kann nun nicht einfach mit der Feststellung erledigt werden, daß „die Gesellschaft" für dies Vermögen rechtszuständig sei. Berechtigt ist gemeinhin nur eine Person oder eine als Rechtssubjekt anerkannte Personenmehrheit. Die Bruchteilsgemeinschaft des römischen Rechts nimmt bezüglich der Rechtszuständigkeit keine Sonderstellung ein. Die Mitglieder der Bruchteilsgemeinschaft sind je zu einem rechnerisch fest bestimmten Teil berechtigt. Die Rechtszuständigkeit eines derart bestimmten Teils unterscheidet sich in nichts von der eines selbständigen Gegenstandes. Ein einzelnes Rechtssubjekt ist Inhaber eines fest bestimmten Rechtes. Die Gesellschaft ist aber weder eine Einzelperson noch eine als Rechtssubjekt anerkannte Mehrheit von Personen. Die Gesellschaft ist eine Gesamtberechtigung eigener Art, eine Gesamthandsgemeinschaft, die von der Bruchteilsgemeinschaft des römischen Rechts grundverschieden ist[78]).

Zwar wird auch heute noch vereinzelt die Ansicht vertreten, daß das Gesellschaftsrecht den Sozietätscharakter des römischen bürgerlichen Rechts trage und demnach nichts weiter als eine Bruchteilsgemeinschaft sei. Die Ansicht scheitert jedoch an der verschiedenen Regelung der Verfügungsmacht des Einzelnen bei der Gesellschaft und bei der Bruchteilsgemeinschaft. Wie schon bemerkt, sind die Bruchteilsgemeinschafter zu einem fest bestimmten Teil berechtigt und in der Verfügung über ihren Anteil durch nichts beschränkt. Was sie von sonstigen selbständig Berechtigten unterscheidet, ist lediglich die Tatsache, daß ihre Berechtigung sich auf denselben Gegenstand bezieht. Mit dieser freien Verfügungsmacht des Bruchteilsberechtigten ist die Bestimmung des § 719 BGB., wonach kein Gesellschafter zur Verfügung über seinen Anteil berechtigt ist, un-

---

[77]) RG. in Gruch. Beitr. 48, 797; JW. 1904, S. 360.

[78]) So heute die gesamte Literatur mit wenigen Ausnahmen: Binder, Laband, siehe im Folgenden.

vereinbar. Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber, der den Ausdruck Gesamthandsgemeinschaft vermeidet[79]), die grundsätzliche Verschiedenheit der Gesellschaft von der Bruchteilsgemeinschaft dartun wollen. Die Vertreter der Sozietätslehre[80]) versuchen zwar auch die Verfügungsbeschränkung des §§ 719 mit einer bruchteilsmäßigen Ausgestaltung der Gesellschaft in Einklang zu bringen, in dem sie sagen, daß dieses selbständige Verfügungsrecht durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen würde. Nach Binder[81]) ist „der Gesellschaftsvertrag der Tatbestand, an den der Gesetzgeber außer der obligatorischen auch die dingliche Wirkung knüpft, daß die einzelnen Gesellschafter über ihre Anteile nicht mehr verfügen können". Dem steht aber, wie Kaufmann[82]) mit Recht bemerkt, das das bürgerliche Recht beherrschende Prinzip des § 137 Satz 1 BGB. entgegen, wonach die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Die Bindersche Auffassung vom Wesen des Gesellschaftsvertrages vermag ferner auch die Anwachsung des Anteils des Ausscheidenden (§ 738 S. 1 BGB.) nicht zu erklären.

Die Ansicht, daß die Gesellschaft lediglich eine Bruchteilsgemeinschaft sei, daß die Rechtszuständigkeit der Gesellschaftsanteile somit in nichts von der Rechtszuständigkeit des einem einzelnen gehörigen Gegenstandes verschieden sei, ist deshalb abzulehnen.

Die Gesellschaft ist eine Gesamthandsgemeinschaft. Die besonderen vermögensrechtlichen Wirkungen, insbesondere der Ausschluß der Verfügungsgewalt des Einzelnen sind keine Auswirkungen der obligatorischen Natur des Gesellschaftsvertrages; sie ergeben sich vielmehr daraus, daß der Gesellschaftsvertrag neben den obligatorischen Bindungen zugleich ein personenrechtliches Band erzeugt, das „die Persönlichkeit der Gesellschafter ergreift und ihren Willen aneinanderbindet"[83]).

Wie weit aber diese personenenrechtliche Bindung gehen soll, darüber gehen die Ansichten wiederum auseinander. Zwei Gruppen von Schriftstellern stehen sich gegenüber. Die von ihnen vertretenen Ansichten werden kurz als „Theorie von der ungeteilten Mitberechtigung" und „Theorie von der geteilten Mitberechtigung" bezeichnet[84]).

Nach der ersteren[85]) ist die Gemeinschaft der Gesellschafter durch den Vertrag personenrechtlich derart gebunden, daß sie Inhaberin der Rechte ist, aus denen das Gesellschaftsvermögen besteht. Die Gesamtheit ergreift somit auch die rechtliche Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens. Bestimmte oder bestimmbare Anteile der einzelnen Gesellschafter sind nicht vorhanden, weder reale noch ideele Quoten werden unterschieden.

---

[79]) Protokolle II S. 433, nach denen die rechtliche Ausgestaltung der Wissenschaft vorbehalten bleiben soll.

[80]) Binder, Rechtsstellung des Erben S. 23 Anm. 40.

[81]) a.a.O.

[82]) Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen S. 39.

[83]) Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 26. Planck Vorbem. zu § 705 IV; Kaufmann a.a.O. S. 17. Knoke, Arch. bürg. Recht 20, 177.

[84]) Kaufmann a.a.O. S. 17 ff.; Planck Vorbem. zu § 705 IV; 1; Knoke a.a.O.

[85]) Neben Endemann, Lehrbuch I S. 814 ff. Enneccerus-Lehmann § 176, II, für die folgenden Ausführungen eingehend Kaufmann a.a.O. S. 17 ff. Knoke, Arch. bürg. Recht Bd. 20, S. 170 ff.

Die Theorie von der geteilten Mitberechtigung[86]) sieht dagegen die Wirkung der Gesamthand als weniger weitgehend an. Nach ihr hat die personenrechtliche Bindung keinen Einfluß auf die Rechtszuständigkeit des Gesellschaftsvermögens. Die Gesellschafter sind anteilig an dem Gesellschaftsvermögen berechtigt. Mögen die Quoten stets wechseln, so sind sie doch bestimmbar. Sie sind nicht allgemeine Mitgliedsrechte, sondern gewöhnliche Vermögensrechte, die für einen bestimmten Zeitpunkt genau bestimmbar sind und sich somit in diesem Punkte von Miteigentumsquoten nicht unterscheiden. Jeder Gesellschafter ist z. B., wenn eine Forderung zum Gesellschaftsvermögen gehört, Mitgläubiger[87]) usw. Die Gesamthand bewirkt hier nur eine Abhängigkeit dieser Einzelzuständigkeit von der Zugehörigkeit zur gesamthändisch verbundenen Gemeinschaft. Diese Abhängigkeit äußert sich darin, daß die einzelnen Gesellschafter in der Verfügung über ihre Anteile behindert sind und daß der Austritt aus der personalen Gemeinschaft den Verlust der Quote bedeutet, die nunmehr den übrigen Gesellschaftern zuwächst. Die Theorie von der geteilten Mitberechtigung sieht die Wirkung der Gesamthand in einer Verfügungsbeschränkung und kommt damit der societas des römischen Rechts oder der Gemeinschaft nach Bruchteilen im heutigen Rechte nahe. Während aber die Verfügungsbeschränkung bei einer Gleichsetzung der Gesellschaft mit der freien societas, wie oben dargestellt, ungerechtfertigt ist, ergibt sie sich, wenn man die Gesellschaft als gesamthändische Gemeinschaft ansieht, zwangsnotwendig aus dem Wesen der Gesamthand. Die Gesamthand erzeugt eine personale Bindung der Gesellschafter; diese erscheinen hinsichtlich ihres Anteils am Gesellschaftsvermögen nicht als selbständige Rechtssubjekte, sondern als durch die Zugehörigkeit zur Gesellschaft personenrechtlich (nicht nur obligatorisch) verbundene Rechtsträger. Die Verfügungsbeschränkung ist nicht durch vertragliche Bindungen äußerlich aufgeklebt, sondern sie entspricht dem Wesen dieser Gemeinschaft. „Die Miteigentumsquoten der societas sind ihrem Wesen nach rechtlich selbständig und können höchstens als von außen rechtlich gebunden konstruiert werden"[88]), während die Anteile bei der Gesellschaft als einer geteilten Mitberechtigung in sich unselbständig sind.

Die Theorie von der geteilten Mitberechtigung beruht hiernach ebenfalls auf dem Gesamthandsprinzip, das nach dem Willen des Gesetzgebers die Grundlage für das Gesellschaftsverhältnis darstellt. Die beiden im Prinzip übereinstimmenden Theorien gehen nun aber bei der Frage nach der Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens und der einzelnen in ihm enthaltenen Rechte auseinander. Somit genügt auch zur Beantwortung der oben gestellten Frage nach der Zuständigkeit der aus dem Eigentum, dem Besitz am Lose und an dem in ihm enthaltenen Rechte etwa hervorgehenden Ansprüche nicht die Feststellung, daß die Gesellschaft eine Gesamthandsgemeinschaft ist. Die Frage nach der Zuständigkeit der einzelnen Rechte soll gerade gelöst werden. Die verschiedene Beantwortung

---

[86]) Besond. Cosack, Bd. II S. 2 und 29; Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht, im Sächs. Arch. bürg. Recht 10, S. 723 ff., bes. S. 731, Joerges, Z. f. d. Ges. H. R. 49, S. 184 ff.

[87]) Cosack a.a.O.

[88]) Kaufmann a.a.O. S. 34.

in den beiden Theorien zwingt somit zur Entscheidung für die eine oder die andere.

Es soll hier nicht auf die Darstellung der einzelnen Vertreter dieser oder jener Theorie und ihre Begründung im einzelnen eingegangen werden. Die durchaus nicht einheitliche Terminologie, wie sie bei den einzelnen Schriftstellern gebraucht wird, macht schon die Feststellung, ob ein Schriftsteller sich zu der einen oder anderen Theorie bekennt, schwierig[89]). Insbesondere ergibt sich dies aus den Untersuchungen von Gierke, der in seiner Genossenschaftstheorie und im Deutschen Privatrecht noch stark unter dem Einfluß des deutsch-rechtlichen Eigentumsbegriffs steht, wonach das Eigentum „kein die ganze Sache absorbierendes Totalrecht" ist, sondern neben ihm noch Besitz, Verwaltungs-, Nutzungsrechte usw. unterschieden werden[90]). Der Gierke'sche „Anteil" ist nicht stets mit dem Anteil, wie er von anderen Schriftstellern gebraucht wird, identisch, da er sich nicht notwendig auf das Eigentum, das eigentliche Zuständigkeitsrecht, welches hier allein in Frage steht, bezieht.

Auch im übrigen lassen die von den einzelnen Autoren gegebenen Begriffsbestimmungen an Klarheit und Eindeutigkeit viel vermissen. Nur bei einer eingehenden Untersuchung der Einzeldarstellungen läßt sich mit Sicherheit ein bestimmter Standpunkt abstrahieren[91]). Selbst die Stellungnahme des Reichsgerichts zu dem Problem der Gesamthand ist nicht immer so eindeutig, daß sie ohne weiteres einen bestimmten Standpunkt erkennen ließe. Das Reichsgericht selbst gibt in RG. Z. 95, S. 230 zu, daß „die verschiedenen Versuche, für dieses Verhältnis einen adäquaten Ausdruck zu finden, zu Definitionen geführt haben, die vielleicht nicht nur in Worten, sondern in der Sache selbst von einander abweichen".

Nach alledem ist der Standpunkt als maßgebend anzusehen, den der überwiegende Teil von Rechtslehre und Rechtsprechung einnehmen. Die Rechtslehre bekennt sich mit starker Mehrheit zu der Theorie von der ungeteilten Mitberechtigung[92]). Aus dem von den einzelnen Schriftstellern aufgestellten Definitionen der Gesellschaft hebt sich überall mit der Annahme eines Gesamthandsverhältnisses zugleich die Ablehnung von bestimmten errechenbaren Anteilsrechten (Quoten) heraus. Nach der oben dargestellten Theorie von der geteilten Mitberechtigung ist aber bei dieser die Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens ebenso geteilt, wie bei der Miteigentumsgemeinschaft. Die beiden Gemeinschaftsarten unterscheiden sich nur insoweit, als sie die Verfügungsbeschränkung verschieden erklären. Während sie die Lehre von der Gesellschaft als Miteigentumsgemeinschaft auf vertragliche Grundlagen obligatorischer Natur zurückführt, was, wie dargestellt, nach heutigem Recht wegen § 137 Satz 1 nicht möglich ist, sieht sie die Theorie von der geteilten Mitberechtigung als notwendige Folge des durch den Gesellschaftsvertrag geschaffenen personenrechtlichen Verhältnisses an. Die Ablehnung von Quoten bedeutet sonach Ablehnung der Theorie von der geteilten Mitberechtigung und damit Bekenntnis zur Theorie von der ungeteilten Mitberechtigung.

---

89) Kaufmann a.a.O. S. 20 ff.
90) Kaufmann a.a.O. S. 20.
91) Kaufmann a.a.O. S. 35.
92) Siehe die eingehenden Erörterungen bei Kaufmann a.a.O. S. 17/33.
93) Binder siehe Note 3, Staudinger § 866 1 a, d.

Die Stellungnahme des Reichsgerichts zu den beiden Theorien ist, wie schon oben bemerkt, nicht immer eindeutig. Bei der Frage aber, ob Zuständigkeitsquoten für die einzelnen Gesellschafter anzunehmen sind oder nicht, kann auch der Standpunkt des Reichsgerichts nicht zweifelhaft sein. Dies erhellt insbesondere aus der grundlegenden Entscheidung in RG. Z. Bd. 65, S. 223 ff.: „Der Anteil des einzelnen Gesellschafters darf nicht als ein nach ideellen Quoten geteiltes Miteigentum gedacht werden. . . Dem einzelnen Gesellschafter steht kein Eigentum, weder in der Form eines nach Bruchteilen geteilten Eigentums an den einzelnen Stücken, noch in der Form eines solchen Miteigentums am Inbegriff des Gesellschaftsvermögens zu. Wohl aber steht dem Gesellschafter ein Anteil als unmittelbare Mitberechtigung in beider Hinsicht zu". Da das Reichsgericht somit Anteilsrechte ablehnt, lehnt es auch die Theorie der geteilten Mitberechtigung, für die Zuständigkeitsquoten wesentlich sind, ab.

Die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung kann somit als die herrschende angesehen werden. Aus dieser Theorie ergibt sich für das Vermögen der Lotteriespielgesellschaft, daß dieses den Mitgliedern in ihrer gesamthändischen Verbundenheit zusteht. Der einzelne Gesellschafter ist zwar an dem Lose mitberechtigt, aber nicht zu einem bestimmten Bruchteile. Seine Mitberechtigung geht auf das Ganze, sie ist aber durch die Mitberechtigung der anderen Mitglieder beschränkt. Diese Mitberechtigung des einzelnen an dem Lose ist nicht einer Einzelzuständigkeit gleichzuerachten. Das Los ist nur rechtszuständig für die Gesamtheit der Gesellschafter. Mitrecht heißt hier nur Zugehörigkeit zu der Personengemeinschaft, für die das Los rechtszuständig ist.

Da der Gesellschaft das Recht am Lose zusteht, ist sie Eigentümerin des Loses und Inhaberin der in dem Lose als Inhaberpapier verkörperten Rechte.

Ist das Los vom Loshändler der Gesellschaft übergeben, so ist sie zugleich Besitzerin des Loses. Ihr Besitz ist entweder unmittelbar, wenn sich das Los, was in den seltensten Fällen zutreffen wird, im Mitgewahrsam, z. B. Mitverschluß sämtlicher Gesellschafter befindet; oder ihr Besitz ist unmittelbar, wenn das Los von demjenigen, der mit der Anschaffung des Loses beauftragt ist, für die Gesellschaft aufbewahrt wird.

Während nun die Möglichkeit von gesamthändischem Eigentum und von gesamthändischer Innehabung einer Forderung außer Zweifel steht, ist die Möglichkeit eines besonderen gesamthändischen Mitbesitzes nicht überall anerkannt. Nach der von Binder und Staudinger[93]) vertretenen Ansicht, der sich auch das Reichsgericht[94]) angeschlossen hat, gibt es keinen Unterschied zwischen schlichtem Mitbesitz von Bruchteilseigentümern und Gesamthandsbesitz. Mitbesitz sei, so wird von Binder[95]) ausgeführt, allgemein dann gegeben, wenn „eine Mehrheit von Personen die tatsächliche Gewalt in der Weise hat, daß ein jeder von ihnen die ganze Sache besitzt, in seinem Besitze jedoch durch den gleichen Besitz, der den übrigen eingeräumt sei, beschränkt sei. Der Mitbesitz sei das lediglich äußere Verhältnis der Sachherrschaft, das bei der Bruchteilsgemeinschaft nicht anders sein könne, als bei der Gesamthandsgemeinschaft".

[94]) RGZ. 13, 179.
[95]) Binder a.a.O. III S. 54 Anm. 42.

Demgegenüber betont Gierke[96]), daß für „die äußere Gestaltung der Herrschaftslage auch das innere Moment der Willensrichtung maßgebend ist". Hiernach besitzt derjenige, der „hinsichtlich einer Sache nur die Teilherrschaft ausüben will, die einem gesonderten Anteilsrecht bestimmter Größe oder Art entspricht, anders als derjenige, der die Sachherrschaft weder ganz noch teilweise für sich allein, sondern nur als Mitträger einer verbundenen Personengemeinschaft haben will"[97]).

Nur die Gierke'sche Ansicht entspricht der richtigen Auffassung vom Besitz. Nicht allein die tatsächliche Möglichkeit, auf eine Sache körperlich einzuwirken, bedeutet schon Besitz. Es gehört dazu vielmehr eine bestimmte, auf dem Willen beruhende Beziehung zur Sache. Erst durch das Zusammenwirken beider Momente ergibt sich die von § 854 vorausgesetzte Sachherrschaft. Einzelne Autoren bezweifeln zwar die Richtigkeit dieses Satzes unter Heranziehung des Schulfalles, in dem jemand an den in seiner Abwesenheit in seiner Wohnung niedergelegten Sachen durch die Niederlegung Besitz erwirbt, ohne von der Niederlegung etwas zu wissen. Sie tragen damit aber unrichtiger Weise ein begrifflich nicht notwendiges Erfordernis in den Besitzbegriff hinein, nämlich eine eigene Erwerbshandlung des Erwerbers. Es bedarf aber nur des Besitzwillens. Der Besitzwille ist in dem angeführten Falle durch die Tatsache verwirklicht, daß der Wohnungsinhaber eine Wohnung inne hat, über deren Raum und Inhalt er normaler Weise die Gewalt ausüben will[98]).

Es wird auch, wie aus Folgendem ersichtlich, von Staudinger, der einen Mitbesitz verschiedener Art ablehnt, in anderem Zusammenhange ein besonderer gesamthändischer Besitz doch anerkannt. Bei der Bruchteilsgemeinschaft hat jeder Gemeinschafter die Besitzschutzrechte der §§ 861, 862, 867 BGB. Dies ergibt sich aus dem § 1011, der zwar nur von den Eigentumsansprüchen spricht, aber unbestritten auch die Besitzansprüche mit umfaßt[99]). Hier taucht nun die Frage auf, ob auch der Gesamthandsgemeinschafter diese Besitzschutzansprüche habe. Staudinger erklärt den § 1011 für das Miteigentum zur gesamten Hand nicht anwendbar[100]). Er macht somit doch einen Unterschied bei dem Mitbesitz der beiden Gemeinschaftsarten und erkennt damit einen besonderen Gesamthandsbesitz an.

Ist somit ein besonderer gesamthändischer Besitz der Losgesellschaft am Los anzunehmen, so schließt diese Feststellung doch nicht die Möglichkeit aus, daß der Gesellschaftsbesitz nur mittelbar ist und der unmittelbare Besitz nur bei einem Gesellschafter liegt. Bei der Lotteriespielgesellschaft wird dieser Zustand sogar in der Regel gegeben sein, da meist einem Mitglied der Erwerb und die Aufbewahrung des Loses übertragen wird. In diesem Falle hat dieses Mitglied unmittelbaren Alleinbesitz; daneben bleibt aber der mittelbare Besitz der Gesellschaft bestehen.

---

96) Gierke, Dt. Privatrecht § 114, Anm. 54.
97) Gierke a.a.O.
98) Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 655 f.
99) Staudinger § 1011 Anm. 1.
100) Staudinger § 1011 Anm. 5.

b) Individualklagerecht des einzelnen Gesellschafters hinsichtlich der aus dem Vermögen entspringenden Einzelansprüche.

Nachdem festgestellt ist, daß das Recht am Vermögen der Lotteriespielgesellschaft den Gesellschaftern in ihrer gesamthändischen Verbundenheit zusteht, daß somit der einzelne Gesellschafter ein selbständiges Recht nicht hat, ist nunmehr die Frage zu untersuchen, ob der einzelne Gesellschafter als Mitträger der Rechte dem Unternehmer gegenüber die aus ihnen entspringenden Ansprüche selbständig, ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter z.B. durch Klage geltend machen kann.

Das Gesellschaftsrecht des BGB. gibt in seinen positiven Normen keine Antwort auf diese Frage, wie überhaupt das Prinzip der Gesamthand kaum direkt zum Ausdruck gekommen ist.

Während nun Rechtslehre und Rechtsprechung die übrigen Probleme des Gesellschaftsrechts, wie den Ausschluß der Verfügungsgewalt des einzelnen unter Auswertung des dem Gesellschaftsrecht zugrundeliegenden Gedankens der Gesamthand behandelt haben, ist für die Lösung des vorliegenden Problems überraschenderweise der Gesamthandsgedanke nicht herangezogen worden. Man hat vielmehr die Frage unter Verzicht auf die Behandlung unter einem einheitlichen Grundgedanken durch Anwendung von Bestimmungen zu lösen versucht, die an sich nur für schlichte Mitberechtigungen gelten. Der Streit der Meinungen erstreckt sich nur darauf, ob durch den Wortlaut der hierfür herangezogenen Bestimmungen (§§ 432, 1011 BGB.) auch die einer Gesamthand zustehenden Forderungen bzw. das einer Gesamtheit zustehende Miteigentum mitumfaßt werden.

Das Reichsgericht spricht sich in Bd. 70, S. 32 für die Anwendbarkeit des § 432 aus. Wenn auch, so führt das Reichsgericht aus, bei der Gesamthandsgemeinschaft der Gegenstand der Forderung nicht an sich unteilbar sei, so stelle sich doch die Leistung wegen ihres Zwecks, der zur Folge habe, daß kein Gesellschafter über seinen Anteil verfügen könne, und daß der Schuldner nur an alle Gesellschafter leisten könne, als rechtlich unteilbar dar. Daß der Gesetzgeber die Gesamthandsforderungen als von dem § 432 mit umfaßt angesehen habe, ergebe sich, so führt das Reichsgericht weiter aus, aus der Entstehungsgeschichte des § 2039, in welchem man den Inhalt des § 432 lediglich aus Zweckmäßigkeitserwägungen wiederholt hätte. Demgegenüber lassen aber die Protokolle[101]) erkennen, daß bei der Gesetzesberatung gegenüber einem Antrag, den § 374 (jetzt § 432 BBG.) nicht zu wiederholen, die Mehrheit der Meinung war, daß die ausdrückliche Einbeziehung dieser Bestimmung doch erforderlich sei; von ihr wurde die Folgerung, daß eine an sich teilbare Leistung dadurch zur unteilbaren würde, daß sie an eine Erbengemeinschaft, also an eine Gesamthand zu bewirken wäre, nicht für zwingend erachtet[102]).

Im übrigen ist es m. E. nicht angängig, für die Frage nach der Anwendbarkeit des § 432 auf die Gesamthand den § 2039 heranzuziehen, weil die Erbengemeinschaft, für die die Regelung des

---

[101]) Bd. V S. 868.

[102]) Siehe auch Staudinger § 432, Anm. 1; Planck a.a.O. § 2039 Anm. 1.

§ 2039 gilt, vermöge ihrer besonders freien Ausgestaltung (Einzelverfügungsrecht über den Anteil (§ 2033)) garnicht als das klassische Gesamthandsverhältnis anzusehen ist. Gerade für die vorliegende Frage erscheint das Gesamthandsprinzip in der Erbengemeinschaft durchbrochen. Sieht man nämlich das Verfügungsrecht über den Anteil als Ausnahme von dem Prinzip der Gesamthand an, so muß man auch die Einbeziehung des § 432 in den § 2039 als Ausnahme ansehen, da sie nur ein notwendiges Korrelat zu dem freien Verfügungsrecht über die Anteile darstellt.

Die Frage nach der Zuständigkeit der aus dem gesamthändischen Eigentum entspringenden Ansprüche, also nach der Anwendbarkeit des § 1011 für gesamthändisches Eigentum ist, soweit ersichtlich, kaum irgendwo näher behandelt worden. Sie wird aber, da sie mit der Frage nach der Anwendbarkeit des § 432 in einer Linie liegt, für diejenigen, die sie aus diesen Einzelbestimmungen heraus lösen wollen, nicht anders als auch die nach der Anwendbarkeit des § 432 beantwortet werden können. Staudinger[103]), der die Anwendung des § 432 auf die Gesamthand für unzulässig erklärt, lehnt auch eine analoge Anwendung des § 1011 ab.

Da der § 2039 sich nicht nur auf obligatorische, sondern auch auf dingliche Ansprüche bezieht[104]), kann auch der Standpunkt, den das Reichsgericht einnehmen würde, nach den obigen Ausführungen über die Auslegung des § 432 durch das Reichsgericht, nicht zweifelhaft sein.

Staudinger, der die analoge Anwendung des § 1011 auf die Gesamthandsgemeinschaft ablehnt, müßte, da für die Miteigentümer auch die Besitzansprüche (§§ 861, 862, 867) unter § 1011 fallen, folgerichtig eine Einzelzuständigkeit von Besitzansprüchen für die Gesellschafter ablehnen. Er kommt aber gemäß seiner Auffassung von dem Besitz als einem lediglich äußeren Verhältnis dazu, dem einzelnen Gesellschafter, der mitbesitzt, auch die Besitzschutzrechte zu gewähren.

Die im Vorhergehenden kritisch dargelegten Versuche des Reichsgerichts und einzelner Vertreter der Rechtslehre, Bestimmungen, die an sich für anders geartete Rechtsverhältnisse gegeben sind, für das Gesamthandsverhältnis zu verwerten, können nicht befriedigen. Der § 432 regelt die Zuständigkeit der Ansprüche bei einer Mehrheit von Gläubigern, die nur vermögensrechtlich (nicht personenrechtlich) und nur deshalb untereinander verbunden sind, weil die ihnen zustehende Forderung unteilbar ist, während sie im übrigen personenrechtlich selbständig nebeneinanderstehen. Sie stehen mit Bruchteilseigentümern auf einer Stufe und unterscheiden sich von ihnen nur darin, daß der Gegenstand ihres Rechts keine Sache, sondern eine Forderung ist. Bestimmungen, die für Bruchteilsberechtigte geschaffen sind, können aber unmöglich analog auf Gesamthandsberechtigte angewandt werden. Bruchteilsberechtigung und Gesamthandsberechtigung sind zwei inkommensorable Größen. Die Mitglieder einer Gesamthandsgemeinschaft sind nicht durch äußere Umstände miteinander verbunden; die gesamte Hand hat sie, soweit ihr Umfang reicht, ihrer personenrechtlichen Selbständigkeit beraubt, hat sie personenrechtlich mit einander verkettet. Das von ihr erfaßte Vermögen gehört nicht einzelnen Personen,

[103]) Staudinger a.a.O. § 1011 Anm. 5.
[104]) Planck aa..O. § 2039 Anm. 1.

sondern steht der personenrechtlich gebundenen Gemeinschaft in ungeteilter Mitberechtigung zu.

Wenn das Gesetz in den §§ 432, 1011 den einzelnen Gläubigern einer unteilbaren Forderung und den einzelnen Miteigentümern das Recht gegeben hat, ihre Ansprüche in Ansehung des ganzen Gegenstandes geltend zu machen, so ist das nur eine selbstverständliche Folge des Umstandes, daß diese Personen selbständig nebeneinanderstehen und nur äußerlich wegen der Unteilbarkeit des ihnen zustehenden Gegenstandes gebunden sind. Es wäre grundlos und widersinnig, wollte der Gesetzgeber ihnen außer diesen lediglich in der Sache selbst liegenden Beschränkungen weitere aufbürden[105]). Was hier ein notwendiges Bedürfnis ist, wäre bei der Gesellschaft als einer von innen heraus gebundenen Personenvereinigung ein ungerechtfertigtes Zuviel.

Nach alledem erscheint die Feststellung geboten, daß, wie das Vermögen der Gesellschaft zusteht, so auch die einzelnen aus dem Vermögen entspringenden Ansprüche, aus dem Eigentum und dem Besitz am Lose und die Ansprüche der Gesellschaft dem Lotterieunternehmer gegenüber auf Auszahlung des Gewinns usw. nur der Gesamtheit der Gesellschafter zustehen können, daß nur die Gesamtheit die Ansprüche geltend machen und ihre Durchsetzung im Klagewege erzwingen kann.

VIII. Die Lotteriespielvereine.

Bei der Darlegung der Rechtsverhältnisse der Lotteriespielgesellschaft bleibt als letzter Punkt noch die Frage zu untersuchen, ob ein Ein- und Austritt von Gesellschaftern möglich ist.

Die Abtretung gewisser, von der Individualität unabhängiger Rechte, wie der Anspruch auf den Gewinnanteil, die nach § 717 Satz 2 möglich ist, bedeutet nicht Austritt des Zedenten aus der Gesellschaft und Eintritt des Zessionars in dieselbe[106]). Die Zession dieser Ansprüche läßt die Stellung des Zedenten als Gesellschafters unberührt, er bleibt weiter Mitglied der Gesellschaft, seine sonstigen Rechte und Pflichten den übrigen Gesellschaftern gegenüber bleiben bestehen; der Zessionar tritt lediglich in dem Recht auf den Gewinnanteil an die Stelle des zedierenden Gesellschafters.

Daß Personenvereinigungen von gesellschaftlicher, d. i. gesamthändischer Struktur mit der Möglichkeit eines Ein- und Austritts von Mitgliedern rechtlich möglich sind, zeigt der § 54 BGB. Hier werden nichtrechtsfähige Vereine, d. s. Personenvereinigungen mit wechselndem Mitgliederbestand, dem Gesellschaftsrecht unterstellt. Die Bestimmungen der §§ 723/728 BGB., die den Bestand der Gesellschaft von der Zugehörigkeit der ursprünglichen Gesellschafter zur Gesellschaft abhängig machen, sind, wie sich schon aus § 737 ergibt, dispositiver Natur. Sie sind lediglich für solche Gesellschaften von Bedeutung, bei denen ein enges, gegenseitiges Vertrauensverhältnis die Grundlage bildet. Liegt ein derartiges besonderes Vertrauensverhältnis nicht vor, so besteht kein Anlaß, den Ein- oder Austritt von Gesellschaftern auszuschließen.

---

[105]) Kaufmann a.a.O. S. 97.

[106]) Staudinger a.a.O. § 717; Planck a.a.O. § 717; Oertmann a.a.O. § 717.

Die rechtliche Konstruktion eines solchen Austritts bzw. Eintritts bereitet weder hinsichtlich der obligatorischen, noch auch, nachdem das Wesen der Gesamthand klargelegt ist, hinsichtlich der dinglichen Wirkungen Schwierigkeiten. Durch den Austritt werden die obligatorischen Bindungen mit den übrigen Gesellschaftern gelöst. Durch den Eintritt eines neuen Gesellschafters werden neue obligatorische Beziehungen zu den vorhandenen Mitgliedern begründet. Mit der Lösung des obligatorischen Verhältnisses scheidet der Gesellschafter zugleich aus der personenrechtlich gebundenen Gemeinschaft, der gesamten Hand, aus; „sein Anteil an dem Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern zu", so drückt das Gesetz selbst im § 738 den Vorgang in klassischer Weise aus. Mit der Begründung der neuen obligatorischen Beziehungen durch den eintretenden Gesellschafter tritt dieser zugleich in die personenrechtliche Gemeinschaft ein[107]). „Das Band wird um den neuen Gesellschafter geschlungen, dieser wächst in die Gesellschaft hinein", sagt Gierke[108]), indem er den vom Gesetz gewählten bildlichen Ausdruck des Zuwachsens treffend auch auf den Eintritt eines neuen Gesellschafters anwendet.

Da die Lotteriespielgesellschaft nicht auf einem besonderen Vertrauensverhältnis aufgebaut ist, ist auch bei ihr der Ein- und Austritt von Mitgliedern zuzulassen.

Ueberschreitet die Mitgliederzahl eine gewisse Höhe, sodaß ein Wechsel im Mitgliederbestand nicht nur zulässig, sondern üblich ist, so liegt ein Lotteriespielverein vor; dieser unterliegt im übrigen denselben Regeln wie die Lotteriespielgesellschaft. Der Wechsel im Mitgliederbestand und die größere Zahl der Mitglieder verlangt hierbei jedoch eine Legitimation für die Mitgliedseigenschaft, die gewöhnlich durch Ausstellung eines Ausweises, einer Mitgliedskarte, geschaffen wird[109]).

Zu Beginn dieser Abhandlung wurde jedoch schon darauf hingewiesen, daß man vielfach Lotterievereine vorfindet, die nur äußerlich den Charakter eines Gemeinschaftsspiels tragen, bei denen aber in Wirklichkeit ebensowenig ein Gemeinschaftsspiel vorliegt, wie es bei den Spielern von Teillosen einer Lotterie hinsichtlich des geteilten „ganzen Loses" anzunehmen ist.

In Reichsgericht Str. Bd. 37, S. 50 ff. wird ein solcher Verein des näheren gewürdigt. Statutengemäß verfolgte dieser Verein den Zweck, eine größere Anzahl von Losen der preußischen Staatslotterie gemeinsam zu erwerben und zu spielen. Das gemeinsame Spielen erfolgte aber in der Art, daß der Vorsitzende des Vereins vertrauliche Einladungen mit Formular zur „Beitrittserklärung" und Nummernschein der zu spielenden Lose zu Werbungszwecken an einen unbeschränkten Kreis von Personen sandte und den Beitretenden eine „Mitgliedskarte" ausstellte, wonach diese Eigentümer eines fest bestimmten Anteils der zu spielenden Lose wurden.

Der Vorsitzende eines solchen „Vereins" nimmt nichts anderes vor, als der Lotterieunternehmer selbst, der die einzelnen Lose in Halbe-, Viertel-, Achtel-, Zehntel-Lose teilt, um auch weniger begü-

---

[107]) Kaufmann a.a.O. S. 40; Knoke Arch. bürg. R. 20, 179; Neudegger, Die Gesellschaft des Bürg. Gesetzbuches im Grundbuchrecht, Arch. ziv. Prax. Bd. 34, S. 60 ff.

[108]) zit. bei Neudegger, a.a.O. S. 62.

[109]) RG. Str. 39, S. 49 ff.

terten Personen die Teilnahme an der Lotterie zu ermöglichen und dadurch einen besseren Absatz der Lose herbeizuführen. Wie der Lotterieunternehmer die ganzen Lose in bestimmte Teile zerlegt und sie in Gestalt von Teillosen veräußert, so werden in einem solchen „Verein" diese Teillose nochmals in kleinere ideelle Teile zerlegt und diese durch Begebung von Anteilscheinen an die „Vereinsmitglieder" veräußert. Die Veräußerung vollzieht sich gemäß § 930 BGB.[110]). In der Begebung der Anteilscheine liegt die Einigung über den Eigentumsübergang der ideellen Anteile und ferner die Vereinbarung, daß der Veräußerer Verwahrer der Lose bleiben solle. Mögen diese Anteilscheine auch als „Mitgliedskarten" bezeichnet sein, so kann doch ihre Eigenschaft als Ausweis eines bestimmten quotiellen Anteilsrechts aus dem Inhalt der „Mitgliedskarte" hervorgehen. So hat das Reichsgericht[112]) ohne Bedenken in einer als „Mitgliedskarte" bezeichneten Bescheinigung die Verkörperung eines Anteilsrechtes gesehen, die mit dem Vermerk versehen war: „Hierdurch sind Sie mit allen gesetzlichen Rechten in Höhe des . . . sten Anteils Miteigentümer der . . . Lose der Königlich preußischen Lotterie".

Durch die Bildung eines solchen Vereins werden nur die Veräußerungsgeschäfte verdeckt, die von dem Vorsitzenden, dem Veräußerer, und den Mitgliedern, den Erwerbern, durch den „Beitritt" zum Verein abgeschlossen werden. Die Mitglieder eines solchen Vereins unterscheiden sich von den Spielern von Teillosen der Lotterie nur darin, daß die Besitzer von Teillosen dem Lotterieunternehmer gegenüber als Inhaber bestimmter Rechte legitimiert werden, während die Besitzer von Anteilscheinen nur dem Vorsitzenden gegenüber als Inhaber des Anteilsrechts ausgewiesen sind. Erscheinen die Inhaber von Teillosen als selbständige Spieler von Einzellosen, so bilden die Mitglieder eines solchen „Vereins" als Erwerber von bruchteilsmäßigen Anteilsrechten eines Loses eine Miteigentumsgemeinschaft.

Eine gesellschaftliche Struktur hat dieser sogenannte „Verein" nicht; die Behandlung dieser Miteigentumsgemeinschaft fällt deshalb nicht mehr in den Rahmen dieser Abhandlung.

---

110) RG. Str. 37, S. 50 ff.
111) RG. a.a.O.

Lebenslauf.

Am 10. Dezember 1905 wurde ich als Sohn des damaligen Lehrers, jetzigen Volksschulrektors i. R., Robert Steinhauer in Hamm (Westf.) geboren. Ich besuchte die Volksschule in Hagen (Westf.) und in Hövel bei Hamm (Westf.) und darauf nach privater Vorbereitung durch meinen Vater von der Quarta ab zunächst das staatliche humanistische Gymnasium in Hamm (Westf.) und später das staatliche Gymnasium Paulinum in Münster (Westf.), welches ich Ostern 1924 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Bis zum 1. Oktober 1925 war ich in einem Großhandelsunternehmen in Hamm tätig. Alsdann studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Münster (Westf.). Am 16./17. Januar 1929 bestand ich die Referendarprüfung und am 9. September 1932 das Assessorexamen. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 4. März 1933 ab.